



REFLEXIONES

EN TORNO A LA **JUSTICIA RESTAURATIVA**
EN EL ÁMBITO DEL **MENOR INFRACTOR**

Directora
Helena Soleto

Reflexiones en torno a la Justicia restaurativa en el ámbito del menor infractor

Directora
HELENA SOLETO

DYKINSON
2019

Reflexiones en torno a la Justicia restaurativa en el ámbito del menor infractor

© Helena Soleto

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61- 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-290-3

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/28658>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE

CAPÍTULO I

Las políticas públicas en materia de Justicia restaurativa en Justicia de menores 6

CAPÍTULO II

El abogado defensor del menor ante la Justicia restaurativa 57

CAPÍTULO III

Mediación en los delitos cometidos por menores a través de las TIC 113

CAPÍTULO IV

Aportaciones al sistema ecuatoriano de Justicia restaurativa de menores,
desde la perspectiva del derecho internacional y comparado 153

CAPÍTULO V

Una propuesta de integración de la Justicia restaurativa de menores en China 185

Capítulo I

Las políticas públicas en materia de justicia restaurativa en justicia de menores: análisis comparado entre Comunidades Autónomas

VERÓNICA VIÑAS CHIAPPINI

Universidad Carlos III. Departamento de Ciencias Sociales

HELENA SOLETO

Universidad Carlos III. Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia

MARTA VILLAR DE ORO

Universidad Carlos III. Graduada en Derecho y Ciencias Políticas.

Resumen

La justicia restaurativa ha sido resultado de un cambio de paradigma en la forma de abordar los conflictos penales. Atendiendo a las necesidades de la víctima, del infractor y de la sociedad en su conjunto, y empleando como herramienta el diálogo, logra la pacificación del conflicto. En el presente trabajo se expone cómo la justicia restaurativa se desarrolla en el proceso penal del menor. En este sentido, merecen especial mención las propuestas y recomendaciones realizadas en el ámbito europeo y de Naciones Unidas, destacando los documentos en los que se muestra el seguimiento de la situación de la justicia juvenil, centrando el interés en aquellas situaciones más conflictivas que merecen más atención por parte de los organismos competentes. Igualmente, se establecen pautas para garantizar y proteger los derechos de los menores en conflicto con la ley y para aplicar los postulados de la justicia restaurativa en materia penal.

En este capítulo, además, tras la realización de un análisis estadístico comparativo entre comunidades autónomas se concluye que el elevado volumen de trabajo en la fiscalía conlleva un incremento del número de desistimientos en aplicación del artículo 18 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM). Por otro lado, nos encontramos con la imposibilidad de determinar si el volumen de trabajo de los juzgados de menores influye en las soluciones extrajudiciales realizadas y en los sobreseimientos acordados, al igual que tampoco es posible determinar la influencia, sobre estas decisiones, de la adquisición autonómica de competencias en materia de justicia. Sin embargo, esta adquisición de competencias y la elevada carga de trabajo del Ministerio Fiscal sí que influyen en los desistimientos acordados en aplicación del artículo 18 LORPM.

Palabras clave: políticas públicas, justicia restaurativa, menores, comunidades autónomas.

1. INTRODUCCIÓN

Muchas personas sienten que para poder recuperarse del delito del que fueron víctimas necesitan un espacio seguro y flexible en el que tener voz para poder expresar sus emociones, pero también para poder escuchar al infractor, poder encontrar una explicación al delito y comprender todos aquellos aspectos que en el proceso penal quedan relegados a un segundo plano.

La justicia restaurativa proporciona ese espacio de seguridad y de protagonismo a la víctima, evitando que sea sometida a la victimización secundaria que se produce en el proceso penal. Gracias a la aplicación de postulados restaurativos se supera la deshumanización característica del proceso tradicional y se evita sus consecuencias negativas para la víctima, para el infractor y para la sociedad en su conjunto.

En este capítulo se presenta un estudio estadístico que aborda cómo se han reflejado en España los postulados restaurativos en el proceso penal del menor en relación con la situación de los operadores judiciales. Sin duda, el proceso de menores caracterizado por la responsabilización y protección de su interés superior, se configura como el contexto más adecuado para la promoción del diálogo y el consenso en la solución al conflicto social.

2. EL OBJETO DE ESTUDIO: LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN JUSTICIA DE MENORES

El conflicto entre las personas está presente constantemente en nuestras vidas, por ello, “es preciso trabajarlo para poder crecer y poder evolucionar” (Fernández, 2015). Sin embargo, no se ha trabajado de la forma adecuada, ya que lo que se ha producido es un proceso de judicialización reflejado en un aumento de los tipos penales y de la duración de las penas (Perulero, 2012). Esto ha llevado a un descontento generalizado y a una crisis de eficacia del sistema penal tradicional (Flores, 2015).

Ante este descontento se propugna la necesidad de introducir mecanismos que promuevan la responsabilización de los infractores y la reparación de las víctimas. La vía para alcanzar esa responsabilización se encuentra en la justicia restaurativa, cuyo objetivo debe ser “la mayor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social” (Roxin, 2000: 31).

Tradicionalmente, la represión de la conducta delictiva y la protección de la tutela judicial han sido las finalidades principales del proceso penal. La reparación de la víctima quedaba en segundo plano (Soleto, 2017b). Sin embargo, la justicia restaurativa proporciona una nueva perspectiva en la que el foco de atención se centra en el conflicto entre las partes a consecuencia del delito, atendiendo a la protección y necesidades de la víctima y al logro de la paz social, empleando para ello el diálogo.

Es complejo proporcionar una única definición de justicia restaurativa (Soletto, 2016), dado que tiene un contenido heterogéneo debido a variadas tendencias, pero su objetivo principal es siempre el fomento del consenso en la resolución de los conflictos penales (Flores, 2015). El Consejo Económico y Social (ECOSOC)¹ que entiende que la justicia restaurativa es “aquel procedimiento por el cual la víctima y el reo, u otro individuo o miembro de la comunidad lesionada por un delito, participan activamente de manera conjunta en la resolución de las cuestiones relativas al ilícito penal, generalmente con la ayuda de un facilitador”.

A ello, la Directiva de víctimas del año 2012 añade un elemento fundamental, el consentimiento libre de las partes para participar². En el mismo sentido, Sáez (2006) alude a la responsabilidad y autonomía de los sujetos como fundamentos de las actividades restaurativas. El Consejo de Europa, en su Recomendación 8 de 2018 sobre justicia restaurativa en asuntos penales define la “justicia restaurativa” como cualquier proceso que permita a las personas dañadas por el delito y a las personas responsables del daño que consientan libremente participar activamente en la resolución de cuestiones derivadas del delito, con la ayuda de un tercero independiente y cualificado (el “facilitador”).

Por lo tanto, con la justicia restaurativa nos encontramos ante un cambio de paradigma del sistema de justicia penal. A finales del siglo XX, la justicia restaurativa aparece como “producto de tendencias sociales y legales en países del norte de Europa, Canadá y Estados Unidos”, dando lugar a una justicia de más calidad al incluir el reconocimiento de las necesidades de la víctima (Soletto, 2017b: 262). Se constata una evolución del modelo dual en el proceso penal, en el que los partícipes son el Estado y el infractor, hacia un modelo con tres partes, el Estado, el infractor y la víctima, aunque todavía deba producirse un mayor desarrollo en la reparación emocional de las víctimas (Flores, 2015).

La justicia restaurativa muestra todo su potencial con este objetivo de reparación emocional, dado que cuando se produce un conflicto y se acude a mecanismos de justicia restaurativa se persiguen los siguientes principios esenciales: participación de todos los afectados, reparación del daño³, responsabilización e integración del infractor en la comunidad, para lograr el fortalecimiento de la misma, evitando la reincidencia (Bernuz, 2014).

La consecución de estos principios se produce gracias a que la justicia restaurativa proporciona una respuesta flexible al delito, en el que cada parte es considerada de forma individual. Motiva al infractor a conocer las consecuencias que derivan del delito, presta especial atención a las causas subyacentes del delito y atiende a los daños y necesidades de la víctima, reconociendo un importante papel a la comunidad como actor

¹ Resolución 2002/12 sobre los principios básicos del uso de programas de justicia restaurativa en materia penal.

² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

³ Debe producirse una comprensión subjetiva del daño producido.

clave en la prevención del delito. Todo ello siguiendo una metodología que se adapta a los principios del sistema penal imperante en cada comunidad, como se establece en el Manual sobre programas de justicia restaurativa (UNODC, 2006).

Estos objetivos de responsabilización e integración del infractor en la comunidad encajan perfectamente con los principios que inspiran la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores infractores⁴. En el caso de España, se trata de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM). Es una ley formalmente penal, sin embargo las medidas y procedimientos que contiene tienen un marcado carácter educativo en consonancia con el fin último que se persigue, el interés superior del menor.

La trascendencia de la justicia restaurativa en el proceso penal del menor reside en la influencia positiva que este tipo de medidas tiene sobre la reeducación y reincidencia de los menores infractores. En algunas comunidades autónomas, como Cataluña y Madrid, se han realizado estudios estadísticos a fin de determinar la relación entre los mecanismos de justicia restaurativa y la reincidencia de los menores⁵. La conclusión que se extrae de estos estudios es que en aquellos menores que han participado en un programa de mediación la reincidencia es menor que en aquellos otros menores que han cumplido, por ejemplo, una medida de internamiento⁶.

Por otro lado, tanto para las víctimas como para los infractores la participación en estos procesos de reparación y conciliación que recoge la ley conlleva un elevado grado de satisfacción⁷. Por lo tanto, la justicia restaurativa se configura como el mecanismo adecuado para el tratamiento de las consecuencias que se derivan de un delito.

Es importante destacar, tal como el fiscal Zaragoza Tejada señala, que “resulta necesario aprovechar la experiencia de la Ley Orgánica 5/2000 para usar la misma en los procesos penales de adultos. Solo con la ayuda de esta experiencia podremos alcanzar un auténtico modelo de justicia restaurativa en nuestro país” (2017: 389). Por tanto, resulta muy interesante conocer la situación de los mecanismos de justicia restaurativa en el proceso penal del menor, al servir como modelo para extender la justicia restaurativa al proceso penal de adultos.

⁴ En este sentido, el Manual sobre programas de justicia restaurativa señala que los postulados restaurativos son especialmente adecuados cuando hay menores involucrados, dado que en la intervención que se realiza se enseñan nuevos valores y habilidades (UNODC, 2006).

⁵ Destacan los estudios realizados por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CEJFE). Estos estudios consisten en analizar la reincidencia delictiva de una muestra de jóvenes que han cumplido medidas en el área de reforma de justicia juvenil (Capdevilla *et al*, 2005).

⁶ No obstante, también se debe tener en cuenta la correlación existente entre el perfil del infractor, la medida aplicada y su tasa de reincidencia. En aquellos casos en los que el menor presenta un perfil más normalizado, se aplican medidas de carácter reparador y conciliador y, finalmente, su tasa de reincidencia es menor (Cano y Andrés-Pueyo, 2012).

⁷ Así lo manifiesta Soletto (2017b: 262) con respecto al programa de Mediación Intrajudicial en la Universidad Carlos III, “las evidencias desarrolladas [...] apuntan a una mayor satisfacción de las víctimas respecto de las víctimas no usuarias del servicio”.

Además, en algunos casos se entiende la justicia restaurativa como un mecanismo de agilización de la justicia. Si bien se trata de una situación que no se puede apreciar siempre, dado que hay que atender a las circunstancias concretas de cada supuesto, ha sido manifestada por algunos operadores judiciales⁸. Se entiende que esta agilización que produce el empleo de mecanismos restaurativos da lugar a un importante ahorro de recursos, posibilitando la reducción de la saturación de los juzgados de menores⁹.

Por ello, en esta investigación se analiza si existe alguna relación entre el volumen de trabajo de los operadores judiciales y las posibles soluciones extrajudiciales adoptadas, algunas en aplicación de los postulados restaurativos, en el proceso penal del menor.

3. OBJETIVOS, PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN E HIPÓTESIS

En el presente trabajo se plantean cuatro objetivos:

- En primer lugar, comprender cómo los principios restaurativos se han reflejado en el proceso penal del menor, una vez que los principios restaurativos han accedido al ordenamiento jurídico. Comprender qué papel tienen las comunidades autónomas en la realización práctica de estos principios.
- En segundo lugar, exponer el volumen de trabajo existente en el área de reforma de la Fiscalía de menores y el número de desistimientos que se realizan en aplicación del artículo 18 LORPM. Gracias a estos datos, podemos averiguar si existe alguna relación de causalidad entre estas variables.
- El tercer objetivo es conocer el volumen de trabajo presente en los juzgados de menores y el número de soluciones extrajudiciales y sobreseimientos producidos en aplicación de los artículos 19 y 27.4 LORPM, respectivamente. Partiendo de estos datos, podemos conocer si el volumen de trabajo de los juzgados de menores tiene algún efecto causal sobre estas decisiones que se adoptan en relación al menor infractor.
- Finalmente, conocer si la asunción de competencias autonómicas en materia de justicia influye en las soluciones adoptadas con respecto al menor infractor.

⁸ El Manual de Naciones Unidas sobre programas de justicia restaurativa establece que la utilización de este tipo de programas puede reducir el volumen de trabajo en los sistemas de justicia penal (UNODC, 2006). En este sentido, el Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante, Vicente Magro, manifestaba en una entrevista realizada en 2015 que con el impulso de la mediación se lograría eliminar dos millones de asuntos juzgados (Sánchez, 2011).

⁹ Se analizan los Juzgados de menores porque conforme al artículo 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) “Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes”.

En concordancia con estos objetivos, las preguntas de investigación son las siguientes:

1. Una vez que la justicia restaurativa ha entrado en la agenda gubernamental ¿cómo se ha reflejado en el proceso penal del menor en España?
2. ¿Qué papel tienen las comunidades autónomas en la labor con el menor infractor?
3. ¿La carga de trabajo de los operadores judiciales influye en las decisiones adoptadas con respecto a los menores infractores?
4. ¿Influye la transferencia autonómica de competencias en materia de justicia en las decisiones de los operadores judiciales con respecto al menor infractor?

Las hipótesis del presente trabajo, en relación a los objetivos y a las preguntas de investigación planteados, son las siguientes:

1. El elevado volumen de trabajo en la fiscalía conlleva un incremento del número de desistimientos, en aplicación del artículo 18 LORPM, en el proceso penal del menor.
2. La elevada tasa de congestión en los juzgados de menores conlleva la realización de un mayor número de soluciones extrajudiciales en aplicación del artículo 19 LORPM.
3. La elevada tasa de congestión en los juzgados de menores conlleva un mayor número de sobreseimientos en aplicación del artículo 27.4 LORPM.
4. La adquisición de competencias autonómicas en materia de justicia influye en las decisiones adoptadas con respecto al menor infractor.

4. DISEÑO METODOLÓGICO Y ACOTACIÓN ESPACIO TEMPORAL DEL OBJETO DE ESTUDIO

Para el desarrollo de esta investigación se ha empleado el método estadístico, a fin de analizar las relaciones de causalidad existentes entre las variables planteadas. Gracias a la aplicación de este método podemos conocer el efecto probabilístico que tiene el volumen de trabajo de la Fiscalía sobre el número de desistimientos que se producen en el proceso penal del menor.

Igualmente, podemos conocer el efecto que tiene el volumen de trabajo en los Juzgados de Menores sobre el número de soluciones extrajudiciales realizadas y el número de sobreseimientos en aplicación del artículo 27.4 LORPM. Finalmente, podemos conocer si la asunción de competencias autonómicas en materia de justicia afecta a las decisiones adoptadas con respecto al menor infractor.

Como primer paso se elaboró una base de datos propia con las fuentes de datos que se mencionan a continuación. En primer lugar, se acudió a las memorias de la Fis-

calía General del Estado¹⁰ para conocer el número de diligencias preliminares y expedientes de reforma incoados, el número de desistimientos en aplicación del artículo 18 LORPM, el número de soluciones extrajudiciales y el número de sobreseimientos del artículo 27.4 LORPM. También se contactó con la sección de menores de la Fiscalía General del Estado para obtener el número de fiscales que se dedican al área de reforma de menores en cada comunidad.

También se incluyeron en nuestra base de datos las cifras obtenidas de la base de datos estadística del Consejo General del Poder Judicial, PC-Axis, para obtener el número de asuntos pendientes, asuntos ingresados y resueltos en los juzgados de menores de las comunidades autónomas.

Gracias a la obtención de estos datos de los años 2014, 2015 y 2016 en las 17 comunidades autónomas contamos con una media de 51 observaciones para poder realizar el análisis estadístico con el programa STATA. Así se pueden diferenciar los elementos aleatorios y los factores estructurales, siendo estos últimos los verdaderamente interesantes al tener un efecto causal sobre las variables dependientes analizadas.

El análisis de las anteriores variables se realiza de los años 2014, 2015 y 2016. El estudio se limita a estos años para poder trabajar con datos homogéneos de las distintas comunidades autónomas. Analizando las fuentes de información empleadas para realizar el estudio de las hipótesis planteadas podemos observar la existencia de memorias de la Fiscalía y datos disponibles en los años seleccionados. Además, el apartado de estudio del área de menores infractores, que es el que nos resulta de interés, posee la misma estructura, lo cual facilita enormemente el estudio de las variables entre las distintas comunidades autónomas.

En cuanto a las unidades de análisis, el estudio se extiende al conjunto de comunidades autónomas de España. Así podemos contar con datos suficientes para poder realizar el análisis estadístico y, de esta manera, conocer la situación de la justicia restaurativa en relación con el volumen de trabajo de los operadores jurídicos en el proceso penal del menor en el conjunto del país. Igualmente, podemos conocer si la asunción de competencias en materia de justicia influye en las soluciones adoptadas con respecto al menor infractor.

Es importante destacar que en el presente estudio no se incluyen datos de Ceuta y Melilla de forma desagregada. Esto es así porque en las Memorias de la Fiscalía, principal fuente de datos para esta investigación, no se presentan datos desagregados de las ciudades autónomas, por lo que no han podido ser utilizados para la realización del análisis estadístico.

¹⁰ Resulta fundamental la instrucción 1/2014 sobre las memorias de los órganos del Ministerio Fiscal y de la Fiscalía General del Estado, al establecer unas líneas generales acerca de la realización de las mismas. Así se logra cumplir con el mandato legal recogido en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de elaboración de memorias anuales sobre su actividad, en aras de conseguir una mayor eficacia y eficiencia en la justicia.

5. INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RESTAURATIVOS EN EL PROCESO PENAL DEL MENOR. EL PAPEL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Después de explicar en las páginas anteriores el concepto de justicia restaurativa, interesa conocer cómo se ha reflejado en el proceso penal del menor¹¹. A fin de comprender la naturaleza de esta legislación es necesario realizar un breve análisis de los antecedentes de la actual regulación para lo cual debemos hacer referencia a los siguientes instrumentos.

En primer lugar consideramos relevante mencionar la legislación internacional. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge la necesidad de separar la legislación de adultos y la de menores, siendo la finalidad fundamental de esta última la “reforma y readaptación social de los penados”, artículo 10.3¹². En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, promueve la protección especial al desarrollo y bienestar del menor¹³.

En aras de lograr una regulación global uniforme, se dictaron las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores, Reglas de Beijing, Resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985. Dentro de las especialidades que determina para el procedimiento de menores destaca la idea de que la privación de libertad sea el último recurso. En relación con la privación de libertad, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990, establece el sistema de garantías y derechos para los menores en esta situación. Destaca especialmente la promoción de la búsqueda de soluciones menos perjudiciales para el menor gracias a las cuales se eviten las consecuencias negativas de la entrada al proceso judicial. Esta tendencia a la promoción de mecanismos de desjudicialización se aprecia también en la Recomendación nº R (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

La legislación europea continúa en la misma línea educativa y socializadora con la Resolución 78/62, sobre transformación social y delincuencia juvenil del Comité de

¹¹ Tal y como se establece en el artículo 1 de la LORPM, el procedimiento penal del menor es aquel que se sigue para “exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”. No existen tipos delictivos especiales para el Derecho penal de menores, de manera que, como señala Moreno Catena (2008), se respeta lo establecido en la Directriz 56 de las Directrices de Ryad de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, evitando así la estigmatización de los menores infractores.

¹² Igualmente, deben tenerse en cuenta los siguientes Tratados, ratificados por España, en la protección de los derechos de los menores: Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (Moreno Catena, 2008).

¹³ Indudable su importancia, al ser la primera norma de obligado cumplimiento para los Estados que decidieron suscribirla. España la suscribió el 30 de noviembre de 1990. En el artículo 40 apartado B se recoge el reconocimiento al derecho del menor a leyes, procedimientos, instituciones y autoridades centradas específicamente en la labor con menores infractores.

Ministros, de 29 de noviembre de 1978. Esta regulación considera en todo momento la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas en el Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. En la Unión Europea, en la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales se asume la justicia restaurativa o reparadora como un elemento ya integrado en los sistemas penales europeos, cuando se regula la formación de los operadores.

Por su parte, en la legislación española la normativa penal del menor se desarrolló con la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, primera normativa en la que se establece la responsabilidad penal del menor¹⁴, y la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio sobre reforma de la competencia y el procedimiento¹⁵. No obstante, se trata de una normativa incompleta que no contempla las diferentes variables que influyen en la delincuencia juvenil, estando, además, inspirada por una filosofía paternalista y tutelar¹⁶.

Esta Ley Orgánica de 1992 tenía “carácter de una reforma urgente, como adelantada de una nueva legislación penal de menores” (Vidal, 2000). Por lo tanto, la legislación presente hasta el año 2000 constituye un ejemplo de cómo las limitaciones de tiempo conllevan el desarrollo de una normativa que no parte de un análisis detallado de las necesidades de la población destinataria. Se trata de una situación que es resultado de la ambigüedad que caracteriza al proceso político de decisión. Esta ambigüedad conlleva que autores como Cohen, March y Olsen (1972) entiendan que el gobierno, al que llaman anarquía organizada¹⁷, se describa mejor como “un grupo de ideas que como una estructura coherente” en este contexto de ambigüedad. Este grupo de ideas

¹⁴ La sanción de las acciones delictivas se llevaba a cabo mediante el ejercicio de la Facultad Reformadora, recogida en el artículo 9.1º de la ley. Los encargados de llevar a cabo este ejercicio eran los Tribunales Tutelares de Menores, tribunales especiales que rompen con el principio de unidad jurisdiccional, creados en 1948. Inicialmente tuvieron asignadas funciones de protección y reforma de menores, sin embargo, tras la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, son las CCAA las que adquieren la competencia en materia de protección (Moreno Catena, 2008).

¹⁵ A consecuencia de la sentencia 36/1991, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. El Tribunal Constitucional entiende que se vulneran las garantías reconocidas en el artículo 24 CE, el derecho a la igualdad del artículo 14 CE y la seguridad jurídica del artículo 9.3 CE (Moreno Catena, 2008). Se muestra así la necesidad de configurar una normativa capaz de garantizar todos los derechos procesales reconocidos en el ordenamiento jurídico. El resultado de esta necesidad fue la normativa de 1992.

¹⁶ No obstante, ya se aprecia la alusión a la reparación extrajudicial para la finalización del procedimiento y también para, una vez finalizado el procedimiento, suspender el fallo.

¹⁷ Los elementos de esta anarquía organizada son: las preferencias problemáticas (caracterizadas por su desorden e inestabilidad), las tecnologías no claras (existencia de cierto desconocimiento acerca de los procedimientos de la organización) y la participación fluida (el compromiso y la motivación varían en función de los actores). Por tanto, todo ello conlleva que las decisiones sean adoptadas siguiendo el modelo papelera, “*garbage can model*” (Cohen, March y Olsen, 1972).

se refleja en la configuración de la normativa penal de menores. Especialmente, la ausencia de una estructura coherente (derivada de la manipulación de la realidad de la delincuencia juvenil) se refleja en las progresivas reformas legislativas a las que nos referiremos en las páginas siguientes.

Por consiguiente, era necesario configurar una nueva legislación que llegó años después cuando se anunciaba la promulgación de La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, primera Ley que regula de forma específica y sistemática los diferentes aspectos de la responsabilidad penal del menor¹⁸. Gracias a la promulgación de esta normativa, se supera el sistema puramente retribucionista, estableciendo un sistema de responsabilidad penal del menor sometido a las necesarias garantías procesales (Moreno Catena, 2008).

Como se puede apreciar en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, se trata de una ley de “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa”. La consecuencia directa de este tipo de naturaleza reside, además de en el obvio respeto de los derechos constitucionales del menor, en la flexibilidad en la adaptación a las circunstancias del caso concreto. Esta definición es fundamental, ya que siguiendo lo dispuesto por Elder y Cobb (1984), configura una concepción particular de la realidad en la que tiene primacía el interés superior del menor.

Frente a la filosofía paternalista del modelo tutelar¹⁹, que imperó en España con la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 hasta la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional de 1991²⁰, con la Ley Orgánica 4/1992 se instaura el modelo responsabilizador, que se llega a consolidar con la actual ley orgánica del año 2000. La actual regulación tiene en cuenta las circunstancias concretas del menor infractor y la proporcionalidad de la pena con respecto al delito.

Al analizar la legislación penal del menor se puede observar que es ejemplo de las contradicciones en las que se incurre en los procesos de toma de decisión (Feldman, 1989). La actual Ley Orgánica del año 2000 ha sufrido diferentes modificaciones²¹ encaminadas al incremento de las penas bajo el pretexto de garantizar la seguridad

¹⁸ Los principios que fundamentan esta ley son: su naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, reconocimiento del interés superior del menor en la configuración de la normativa, en base a este interés, reconocimiento de varios tramos de edad, y la flexibilidad en la adopción de las medidas atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

¹⁹ “El pensamiento constante ha sido su tutela al imperar una filosofía basada en principios morales de caridad, cuidados, enseñanza y ocupación” (Vidal, 2000).

²⁰ Son varios los argumentos que fundamentan la crítica al modelo tutelar: ausencia de efectividad, desprotección de los derechos del menor, aumento de la inseguridad jurídica, ausencia de respuesta a los delitos graves y total desprotección de las necesidades de las víctimas (Put *et al*, 2012).

²¹ Tal y como señala Lecumberri (2012: 6) se han producido cinco reformas de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor con las leyes orgánicas 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y 8/2006. Estas modificaciones han producido “una prevalencia de los parámetros preventivo generales de la ley y de la faceta sancionadora”, desvirtuándose la faceta educativa de la ley.

de la ciudadanía²². No obstante, este análisis unidimensional en el que se defiende el nexo causal entre el aumento de la pena y el aumento de la seguridad constituye un ejercicio de manipulación política²³, donde se emplea la persuasión para proporcionar una información no neutral e influir en la opinión pública (Hoyt y Garrison, 1997). El motivo reside en el hecho de que el aumento de las penas no estaba justificado dado que no se ha producido un aumento desmedido de la delincuencia juvenil, por tanto, estamos ante una realidad totalmente contraria a la descrita por el legislador²⁴.

En este sentido se manifiesta el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su Dictamen sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea (2006). En este Dictamen se expone cómo dentro de la Unión Europea existe la idea extendida del aumento de la delincuencia juvenil y de la gravedad de los delitos cometidos por los menores. Igualmente, en el informe de UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en sus siglas en inglés) y el SRSG (Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños) de Naciones Unidas titulado “*Prevention of and responses to violence against children within the juvenile justice system*”, se refleja cómo el discurso político recoge equivocadamente la idea del aumento de la delincuencia juvenil basándose en la existencia de pocos casos de extrema gravedad (UNODC, 2015). Esto conlleva que los ciudadanos reclamen medidas más eficaces que se reflejan en el endurecimiento de la legislación penal del menor. Frente a esta posición de aumento de las penas, el CESE propone mayor coordinación entre los países europeos para proporcionar respuestas efectivas a la delincuencia juvenil, dando lugar a un modelo educativo basado en la responsabilización²⁵. Según este Dictamen del CESE (2006), los tres grandes ejes en los que debe centrarse la atención son: “la prevención, la intervención educativa en la propia comunidad o en centros y la integración sociolaboral” del menor²⁶. La vía para materializar estos ejes es la justicia restaurativa dado su “escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico y su carácter de menor represión”.

²² En el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, se establece que “las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad”.

²³ Zahariadis (2014: 29) entiende la manipulación como “una lucha política para crear ganadores y perdedores, proveer de significado e identidad y buscar el interés personal”.

²⁴ En relación a este tema, resulta muy ilustrativo el artículo *La delincuencia juvenil en España en datos* donde Montero Hernanz (2010) realiza un análisis estadístico de la delincuencia juvenil para conocer si efectivamente se ha producido ese incremento en las tasas de delincuencia. El resultado de su investigación es que ese supuesto aumento de la delincuencia de menores no es real.

²⁵ Los principios que fundamentan este modelo son, para el CESE, la promoción de la prevención, limitación del uso del sistema de justicia tradicional y disminución de la intervención punitiva del Estado, reducción de las sanciones de privación de libertad y promoción de medidas flexibles, defensa de los derechos de los menores y formación especializada a los operadores jurídicos.

²⁶ La proposición de estos ejes se basa en el análisis de las causas de la delincuencia juvenil. En concreto, el CESE centra su atención en los factores económicos y socioambientales como las familias desestructuradas, la

En este sentido, en la Resolución 2016/17 sobre Justicia Restaurativa en asuntos penales del ECOSOC se pone de relieve que la aplicación de estos postulados restaurativos es una forma muy eficaz para reducir el número de menores inmersos en el sistema de justicia. Igualmente, la resolución 25/6 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre el acceso de los niños a la justicia, señala cómo los mecanismos alternativos de resolución de conflictos proporcionan respuestas “rápidas, asequibles y accesibles” para la reinserción del menor.

Estos principios se reflejan en la legislación española en la idea de flexibilidad²⁷, que caracteriza a la legislación penal de menores, especialmente en el principio de intervención mínima y en el empleo por parte de la Fiscalía del principio de oportunidad²⁸, otorgando gran relevancia a “las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución”, como se puede leer en el preámbulo de la LORPM. Por tanto, con este papel activo del menor se pretende su responsabilización de la infracción cometida²⁹.

Este principio de oportunidad se refleja en el desistimiento de la incoación del expediente (art. 18 LORPM), una vez incoado el expediente de reforma, sobreseimiento del mismo (arts. 19, 27.4 y 30.4 LORPM), posibilidad de una sentencia de conformidad (arts. 32 y 36 LORPM) y, finalmente, en fase de ejecución, suspensión condicional (art. 40 LORPM) y sustitución de las medidas impuestas (arts. 51 y 14 LORPM). El objetivo fundamental de estos artículos es la materialización del principio de intervención mínima del Derecho penal en base al interés superior del menor (González y Grande, 2012).

En el presente trabajo se estudia de forma más detallada los siguientes artículos³⁰, en relación con el análisis estadístico realizado.

pobreza, el fracaso escolar, el desempleo, el consumo de sustancias tóxicas y la promoción de valores basados en la violencia, entre otros. Atender a este tipo de circunstancias en que se pueden encontrar los menores es esencial, dado que como señalan Capdevila *et al* (2005: 107) “la presencia de factores de riesgo y la ausencia de factores de protección explicarían el aumento de las tasas de reincidencia”.

²⁷ La idea de flexibilidad es clave en el proceso penal del menor. La delincuencia juvenil engloba supuestos de muy variadas características, lo que exige que se proporcionen respuestas adaptadas a las mismas, lo cual se potencia en la LORPM (Lecumberri, 2012).

²⁸ El principio de oportunidad consiste en la facultad que tiene el titular de la acción penal para disponer de la misma una vez se ha acreditado la comisión de un delito por parte de un sujeto. En el caso del proceso penal del menor se trata de una oportunidad reglada, es decir, para su aplicación es necesario el cumplimiento de los requisitos que marca la ley. En concreto, en este trabajo se abordan de forma más detallada los requisitos recogidos en los artículos 18, 19 y 27.4 LORPM (Lecumberri, 2012).

²⁹ Lo cual permite la resolución del conflicto desde abajo, siguiendo el sistema bottom-up problem solving system (Bernuz, 2014).

³⁰ Si bien en el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se contempla la aplicación de la justicia restaurativa también para los conflictos producidos en los centros de internamiento de menores, en la presente investigación se limita el objeto de estudio a la fase anterior al dictado de una condena.

1. En primer lugar, el artículo 18 recoge la posibilidad de que se acuerde el archivo de las actuaciones, tras la realización de las diligencias preliminares, en aplicación del principio de oportunidad siempre y cuando se den los siguientes presupuestos: (a) Se trate de un delito leve o menos grave³¹ sin violencia ni intimidación. Determinadas corrientes jurisprudenciales señalan que debe atenderse a criterios penológicos pero también a circunstancias como la trascendencia del delito o el bien jurídico protegido que haya sido afectado. (b) Que el menor no sea reincidente. (c) Análisis de los criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores recogidos en la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011: edad del menor, tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito penal, consideraciones victimológicas y pago de la responsabilidad civil.
2. En segundo lugar, una vez se ha judicializado el procedimiento se recogen dos posibilidades: (a) Aplicación del artículo 19, consistente en el archivo del procedimiento por sometimiento a mediación³² por conciliación o reparación³³, siempre y cuando se den las circunstancias del artículo 18, expuestas en el apartado anterior. La conciliación se basa en la satisfacción psicológica de la víctima gracias al arrepentimiento y perdón del menor, mientras que en la reparación, el menor infractor lleva a cabo el compromiso acordado³⁴ basado en acciones que benefician a la víctima o a la comunidad. El fiscal solicitará al equipo técnico (art. 5.1 RD 1774/2004) un informe acerca de la adecuación de una solución extrajudicial al caso en base al interés superior del menor, la víctima y el consentimiento libre de ambos³⁵ (también de los representantes legales en el caso de los menores de edad³⁶). Una vez el menor haya cumplido lo dispuesto en el acuerdo

³¹ Para saber cuándo nos encontramos ante un delito menos grave se debe acudir a los artículos 13.2 y 33.3 del Código Penal.

³² La mediación (*"victim-offender mediation"*) es el procedimiento más extendido de justicia restaurativa. Consiste en emplear el diálogo para lograr el empoderamiento de la víctima, la responsabilización del agresor y la reparación del daño causado por el delito (Soletó, 2012).

³³ Respecto a la responsabilidad civil, el artículo 19. 2 LORPM establece que estas actuaciones se entienden "sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil".

³⁴ Es necesario que el menor lleve a cabo la actividad reparadora a la que se haya comprometido, por lo tanto el equipo técnico informará al Ministerio Fiscal de todos los progresos realizados por el menor.

³⁵ Si bien se establece la necesidad de consentimiento de ambos, en la Sentencia de 15 de febrero de 2016 del Tribunal Constitucional se estableció el archivo del procedimiento aunque la víctima no otorgó su consentimiento. Autores como González y Grande (2012), entienden que el sobreseimiento del proceso no debe depender exclusivamente de la voluntad de la víctima, pero en caso de que ésta no aceptara no puede hablarse de conciliación (porque exige la concurrencia de voluntades), debería procederse al sobreseimiento por el resto de vías que prevé la ley.

³⁶ La ley le atribuye plena capacidad procesal al menor infractor para decidir su participación en las conciliaciones y reparaciones. No obstante, en el caso de la víctima, si es incapaz o menor de edad es necesaria la participación de sus representantes legales.

alcanzado o no haya podido hacerlo debido a causas ajenas a su voluntad, el Ministerio Fiscal concluirá la instrucción y solicitará al Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones³⁷ (art. 19.4 LORPM). De no ser así, se continuaría con la tramitación del expediente conforme a lo dispuesto en el artículo 19.5 LORPM³⁸. (b) Aplicación del artículo 27.4³⁹, a propuesta del equipo técnico se procederá al archivo del procedimiento al entender que ya ha existido suficiente reproche⁴⁰ con los trámites practicados o que dado el tiempo transcurrido⁴¹ la continuación del procedimiento iría en contra del interés del menor.

Lo dispuesto en los preceptos que se acaban de exponer refleja los principios establecidos en los artículos 15 a 20 de la Ley modelo sobre justicia juvenil de UNODC (2014). En estos artículos se recogen las posibles medidas alternativas al procedimiento judicial y las condiciones para su aplicación, siendo el objetivo esencial de las mismas aumentar “su responsabilidad personal (del menor) para promover su reintegración y que asuma una función constructiva en la sociedad”.

Para que la aplicación de estas medidas sea eficaz y se alcance la completa protección del menor infractor, las *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice* (2010) proponen los siguientes puntos esenciales: proporcionar una información completa y adaptada a las características del menor sobre la situación en que se encuentra, protección de la privacidad del menor, establecimiento de medidas preventivas y de seguridad, tratamiento por profesionales y aproximación multidisciplinar al fenómeno de la delincuencia juvenil. Dentro de este principio de información general, se menciona especialmente la posibilidad de acceder a mecanismos de justicia restaurativa.

³⁷ La jurisprudencia entiende que la petición de sobreseimiento de las actuaciones solicitada por el Fiscal es vinculante para el Juez independientemente de la opinión de la acusación particular (González y Grande, 2012).

³⁸ En caso de continuarse con el procedimiento, se respetará el principio de presunción de inocencia dado que el Juez no podrá tener en cuenta el reconocimiento de hechos realizado por el menor para fundamentar una posible sentencia condenatoria. No obstante, el Juez dispone del expediente íntegro por lo que podrá valorar el reconocimiento de hechos. En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2003, de 1 de diciembre, se establece que dado que ese reconocimiento se ha realizado ante el Fiscal, se han respetado los principios de legalidad e imparcialidad, por tanto, son declaraciones con presunción de autenticidad (González y Grande, 2012).

³⁹ No constituye una alternativa a la aplicación del artículo 19 de la ley, conforme a lo establecido en el Dictamen 4/2013 de la FGE (Zaragoza, 2017).

⁴⁰ Aunque no es vinculante para el Fiscal, para conocer si ha existido suficiente reproche se tendrá en cuenta el informe realizado por el equipo técnico. Circular de la FGE 1/2007, donde se establece que es necesario explorar al menor para conocer su conciencia del daño ocasionado a la víctima y a la comunidad y su arrepentimiento (Zaragoza, 2017).

⁴¹ Siempre y cuando las dilaciones no hayan sido ocasionadas dolosamente por el menor infractor. Circular 9/2011 de la FGE. Un aspecto importante a analizar es el hecho de que haya alcanzado la mayoría de edad, dado que en ese caso las soluciones planteadas en la legislación del menor podrían no resultar adecuadas.

Para alcanzar esta completa protección del menor resulta de especial interés lo dispuesto en el citado informe de UNODC (2015), cuando, desde una perspectiva de género, alude a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las niñas. Para evitar esta situación se deben considerar las Estrategias y Medidas Prácticas Modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal a fin de “proporcionar igualdad de jure y de facto entre hombres y mujeres (y entre niñas y niños) y garantizar reparación legal de toda desigualdad o forma de discriminación a la que tengan que hacer frente la mujer y la niña al tratar de obtener acceso a la justicia”⁴². Por su parte, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes expuso en 2008 cómo las niñas y mujeres son vulnerables especialmente a actos de violencia de naturaleza sexual.⁴³

En el sistema español es fundamental el papel de las Comunidades Autónomas. La Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor, establece que “la ejecución de las medidas judicialmente impuestas corresponde a las entidades de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el inexcusable control del Juez de Menores”.

El artículo 45 de esta ley determina que las Comunidades Autónomas llevarán a cabo “la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley”, determinando que la competencia territorial corresponde a la comunidad autónoma donde se encuentre el Juzgado de Menores.

Esta situación conlleva, tal y como se refleja en el estudio “*European research on restorative juvenile justice*”, que la implementación que se ha producido de los mecanismos de justicia restaurativa tenga diferentes grados de intensidad en función de la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos. Esto da lugar a la presencia de regiones con un gran desarrollo como Cataluña, Madrid o País Vasco. Sin embargo, hay otros casos donde el menor desarrollo de estos mecanismos puede deberse a la cultura de primacía del principio de legalidad y a la ausencia de recursos necesarios para la realización de estas prácticas (Dünkel, Horsfield y Parosanu, 2015).

A continuación, se analiza el caso de la Comunidad de Madrid para observar un ejemplo real de cómo se ha reflejado en la práctica este mandato de la ley.

La Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la Infancia de la Comunidad de Madrid establece en el capítulo VI medidas de atención a adolescentes

⁴² En este informe de UNODC sobre violencia contra los niños en el sistema de justicia, se manifiesta cómo en muchos países no existen servicios exclusivos para niñas lo que conlleva que sean recluidas con mujeres adultas o que sean recluidas en aislamiento y separadas de sus hogares.

⁴³ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, 15 de enero de 2008, A/HRC/7/3 disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/101/61/PDF/G0810161.pdf?OpenElement> disponible en español en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6076.pdf>

en conflicto social, entre las cuales podemos encontrar el desarrollo de programas de prevención y reinserción. Para adaptar las estructuras de la Comunidad al logro de ese fin, se produjo una reordenación de medios materiales y personales en aras de lograr los principios de economía, eficacia y eficiencia⁴⁴, estableciendo un órgano encargado de asumir la actuación administrativa en aplicación de la LORPM.

El resultado de esa ordenación fue la creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI), configurada como un organismo autónomo, con personalidad jurídica propia adscrita a la Consejería de Justicia y encargada de la ejecución de las medidas recogidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores.

Su objetivo principal es “concentrar, desarrollar y ejecutar programas y actuaciones que contribuyan a los fines de reinserción y educación”, como se recoge en el artículo 2 de su ley de desarrollo, la Ley 3/2004, de 10 de diciembre, de creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor.

Su papel en la eficacia de la justicia restaurativa es esencial al “promover la realización de las reparaciones extrajudiciales solicitadas por la Fiscalía de Menores, así como el desarrollo de las competencias de mediación entre víctima e infractor, dando cuenta a la Fiscalía de menores”, artículo 3 apartado i.

En el siguiente gráfico se presentan los resultados de la ARMMI en cuanto a las soluciones extrajudiciales desarrolladas en 2014, 2015 y 2016:

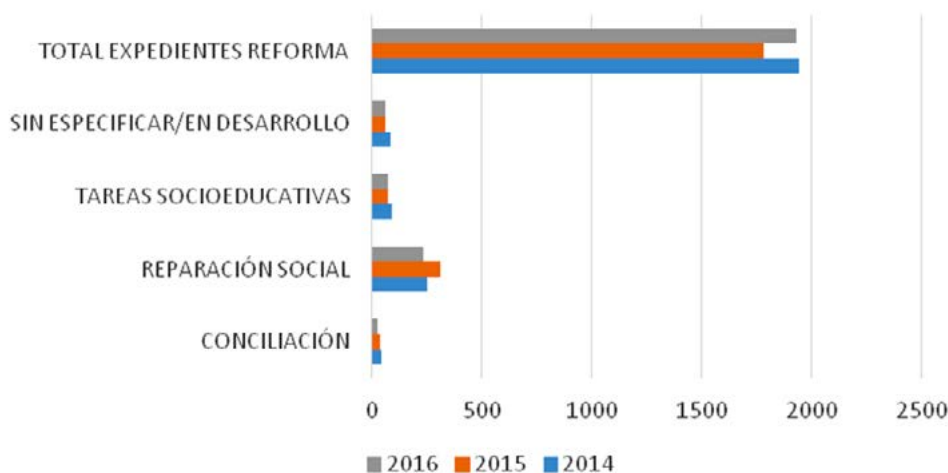


Gráfico 1. Soluciones extrajudiciales en la Comunidad de Madrid.

Fuente: realización propia con datos de las memorias de la ARMMI.

⁴⁴ Esta reordenación era necesaria dado que la ejecución de las medidas afectaba a dos consejerías cuyas competencias eran concurrentes: Justicia e interior y Familia y Asuntos Sociales (Instituto Madrileño del Menor y la Familia). Preámbulo de la ley de la ARMMI.

Finalmente, en relación con la presentación de estos resultados de la Comunidad de Madrid, es interesante traer a colación el Manual para cuantificar los indicadores de la justicia de menores de UNODC (2008). La presencia de indicadores es fundamental para obtener información coherente y fiable y poder intercambiar información en aras de lograr “la planificación y la vigilancia de políticas y programas, la promoción de derechos nacional y global, así como para centrar el trabajo de los distintos agentes involucrados”.

La presencia de estos indicadores permite la evaluación de las políticas que se desarrollan en interés del menor infractor, con lo cual da lugar a un “método de investigación sistemática sobre la configuración de un programa o política determinada, y sobre su implementación y efectividad” (Subirats y Gomà, 2002: 189). En el Manual sobre indicadores de la justicia de menores se recogen indicadores cuantitativos y de políticas (UNODC, 2008).

Si bien en este Manual se establecen 15 indicadores sobre aspectos variados⁴⁵, en relación con la temática del presente trabajo, resulta de especial interés atender al indicador número 10 titulado “remisión previa a la sentencia”. Lo que mide es el número de niños derivados a procesos de justicia restaurativa en un periodo de 12 meses⁴⁶. Así podemos conocer en qué medida se emplean las soluciones restaurativas con los menores. Por lo tanto, es muy interesante el desarrollo de este tipo de mecanismos de información para conocer el desarrollo, la evolución y la situación del proceso penal del menor.

6. ANÁLISIS Y RESULTADOS

A continuación se presentan el análisis y los resultados de esta investigación.

6.1. Primera hipótesis

Recordemos que la primera hipótesis consiste en que el elevado volumen de trabajo en la fiscalía conlleva un incremento del número de desistimientos, en aplicación del artículo 18 LORPM, en el proceso penal del menor. La variable dependiente es el número de desistimientos que se producen en aplicación del artículo 18 LORPM por parte del Ministerio Fiscal. El elevado volumen de trabajo en la fiscalía se configura como variable independiente.

⁴⁵ Podemos encontrar indicadores como: número de niños privados de libertad, duración de la privación de libertad antes de la sentencia, número de niños muertos en privación de libertad, contacto con padres y familiares, existencia de inspecciones periódicas independientes, existencia de un sistema especializado de justicia de menores y existencia de un plan de prevención de la participación de niños en la comisión de delitos.

⁴⁶ Para realizar esta medición cada indicador se divide en las siguientes partes: definición, prioridad, qué se mide, por qué es útil, normas internacionales aplicables, cómo se mide e instrumentos para reunir información.

En primer lugar, es necesario exponer en qué consisten los conceptos que aparecen en las variables. Una vez recibida la *notitia criminis*, es decir, la información acerca de la posible comisión de un hecho delictivo por un menor de edad⁴⁷, el fiscal dicta decreto de incoación de diligencias preliminares, antes de la apertura del procedimiento judicial. Estas diligencias preliminares consisten en la realización de una investigación previa para determinar si existe base suficiente para la incoación de un proceso judicial (Zaragoza, 2017). Una vez realizadas estas diligencias preliminares existen distintas opciones: el archivo de las actuaciones por razones de legalidad⁴⁸, el archivo por ser el autor menor de 14 años, el archivo debido a la prescripción de los hechos delictivos, archivo en aplicación del artículo 18 LORPM o, finalmente, proceder a la judicialización del proceso mediante el decreto de incoación de expediente de reforma. Este artículo 18 se refiere a la posibilidad que tiene el Fiscal de acordar el archivo de las actuaciones en aplicación del principio de oportunidad, siempre que se cumplan estos tres requisitos: se trate de un delito leve o menos grave sin violencia ni intimidación, el menor no sea reincidente y sea aconsejable en función de las circunstancias concretas del hecho y del menor.

Una vez expuesto en qué consiste el desistimiento, se va a presentar el mecanismo teórico que explica la relación entre ambas variables. Es posible que la elevada carga de trabajo del Ministerio Fiscal en el área de reforma de menores conlleve un elevado número de desistimientos en aplicación del artículo 18. El motivo es que, de esta manera, se evitaría la judicialización del asunto y la necesidad de continuar con el proceso. Siendo una decisión que depende tan solo de la voluntad del fiscal, siempre y cuando se cumplan los tres requisitos expuestos, logra aligerar considerablemente la carga de trabajo del mismo. Por tanto, parece lógico pensar que una de las causas del número de este tipo de desistimientos sea el volumen de trabajo del fiscal de menores.

A continuación, se presenta el análisis de estas variables:

a) Variable independiente

Como ya se mencionó, la variable independiente es el volumen de trabajo de la fiscalía. Para proceder a la operacionalización de esta variable se han analizado previamente dos variables: el número de diligencias preliminares incoadas en cada comunidad autónoma y el número de fiscales presentes en el área de reforma de menores por comunidad. Después se ha procedido a dividirlos y así hemos podido calcular el número de asuntos por fiscal, conociendo de esta manera el volumen de trabajo en el área

⁴⁷ La posible comisión de un hecho delictivo por parte de un sujeto menor de edad puede llegar al conocimiento de la fiscalía a través de un atestado policial, a través de la denuncia del perjudicado o de manera indirecta, cuando un juzgado de instrucción se inhiba al observar la participación de menores de edad en los hechos.

⁴⁸ Es decir, en el caso de que los hechos no sean constitutivos de delito o no se conozca al autor del delito.

de reforma de menores de la Fiscalía en esta primera fase de investigación del proceso penal del menor.

Tras realizar el análisis de esta variable de asuntos por fiscal⁴⁹, sus características fundamentales son:

Valor mínimo	155
Valor máximo	834.54
Media	397.06
Mediana	358.33

Tabla 1. Valores de la variable asuntos por fiscal.

Fuente: elaboración propia con datos de las Memorias de la FGE.

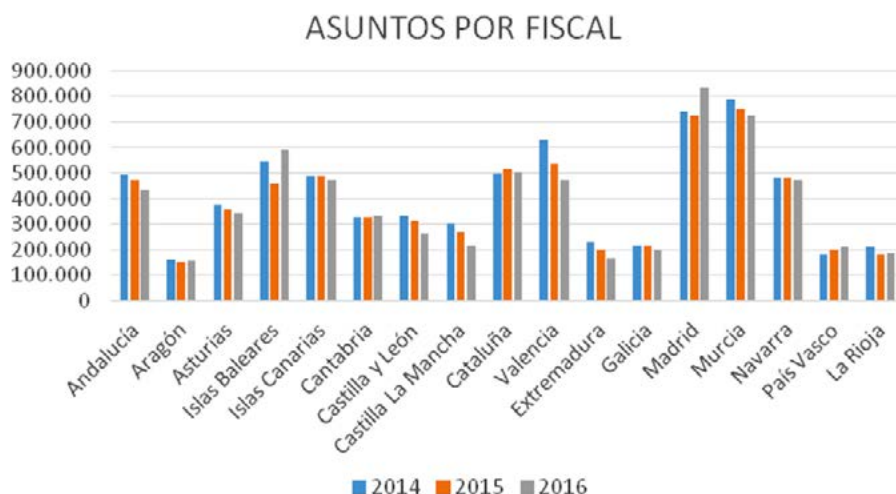


Gráfico 2. Distribución de la variable asuntos por fiscal.

Fuente: elaboración propia con datos de las Memorias de la FGE.

Como se puede observar, existe una gran diferencia entre los valores máximo y mínimo de la variable, con lo cual existen notables diferencias entre unas comunidades y otras. Las comunidades en las que existe una mayor carga de trabajo en la Fiscalía de menores son: Andalucía, Islas Baleares, Cataluña, Madrid, Valencia, Murcia y Navarra. Por el contrario, en comunidades como Aragón, País Vasco o La Rioja, la cifra es notablemente inferior⁵⁰.

⁴⁹ Ver anexo 1.

⁵⁰ A fin de completar esta perspectiva, en el anexo 2 se presentan los datos relativos a la población menor de edad de cada comunidad. En los anexos 3 y 4 se muestran disgregadas las dos variables utilizadas para generar el número de asuntos por fiscal: el número de fiscales dedicados al área de reforma de menores en cada comunidad y el número de diligencias preliminares incoadas.

b) Variable dependiente

La variable dependiente es el número de desistimientos en aplicación del artículo 18 LORPM. Los resultados obtenidos tras analizar esta variable⁵¹ son los siguientes:

Valor mínimo	32
Valor máximo	2189
Media	519.50
Mediana	232

Tabla 2. Valores de la variable de desistimientos en aplicación del artículo 18 LORPM.

Fuente: elaboración propia con datos de las Memorias de la FGE.

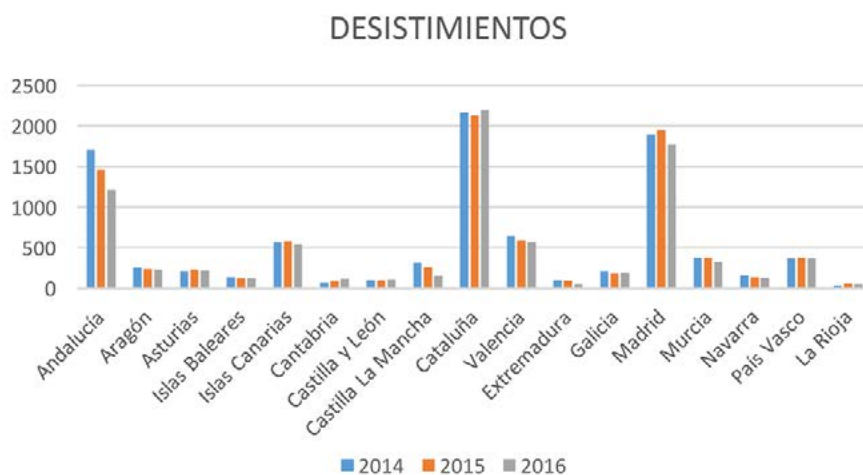


Gráfico 3. Distribución de la variable desistimientos en aplicación del artículo 18.

Fuente: elaboración propia con datos de las Memorias de la FGE.

Para conocer de forma más detallada el número de desistimientos producidos en cada comunidad autónoma, a continuación se presenta un gráfico en el que se refleja el porcentaje de desistimientos del artículo 18 en relación con el total de diligencias preliminares incoadas en cada comunidad (Gráfico 4).

Se observan grandes diferencias entre los valores máximo y mínimo de la variable. Si analizamos la distribución de la variable desistimientos, las cifras más elevadas se encuentran en Andalucía, Cataluña y Madrid. Cuando relacionamos los desistimientos con el total de diligencias preliminares incoadas, continuamos observando que en el caso de Cataluña y Madrid siguen siendo cifras muy altas. Además, se observa un crecimiento en el resto de comunidades autónomas, menos en el caso de Andalucía que disminuye.

⁵¹ Ver anexo 5.

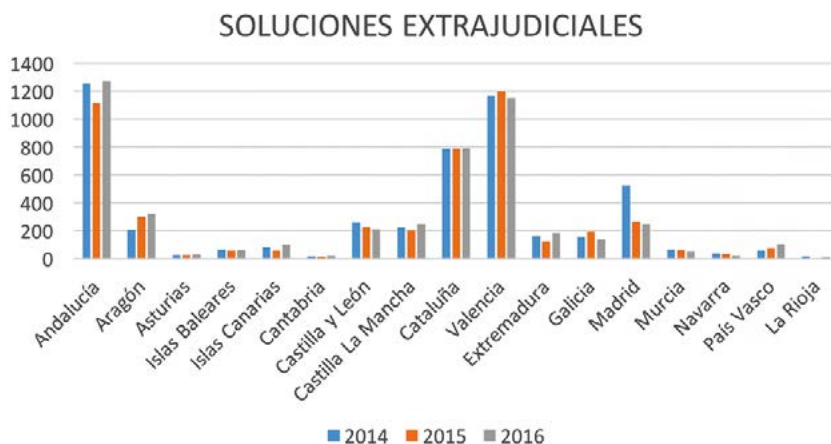


Gráfico 4. Distribución del porcentaje de desistimientos en relación al total de diligencias preliminares incoadas. Fuente: elaboración propia con datos de las Memorias de la FGE.

Al analizar la regresión simple⁵² realizada entre ambas variables, podemos observar que el coeficiente de la variable independiente es 1.810486. Por consiguiente, cuando aumenta en una unidad el volumen de trabajo de la fiscalía, el número de desistimientos aumenta en 1.810486 unidades.

Para saber si se trata de un efecto considerable debemos atender a los valores mínimo y máximo de la variable dependiente. Estos valores son de 32 el mínimo y 2189 el máximo. Por tanto, el efecto es mínimo. Podemos extender el análisis a 5 y 10 años, siendo en este caso el resultado de 9.0524 y 18.1048, respectivamente. El resultado que obtenemos es el escaso efecto del volumen de trabajo de la fiscalía sobre el número de desistimientos en aplicación del artículo 18 LORPM.

En relación con el intervalo de confianza, dado que no comprende el cero podemos rechazar la hipótesis nula de que el volumen de trabajo en la fiscalía no tiene efecto sobre el número de desistimientos en aplicación del artículo 18 LORPM. Igualmente, corroboramos esta idea atendiendo al P-value. Podemos ver que su valor es de 0.00 puntos, por lo que al ser inferior al 5% rechazamos la hipótesis nula y mantenemos la relación existente entre nuestras variables.

Además, la magnitud del intervalo es de 1.6577. Se trata de una magnitud mínima en relación a los valores mínimo y máximo de la variable dependiente, lo cual nos aporta una mayor certidumbre sobre el resultado que hemos obtenido.

Finalmente, en el Gráfico 5 se presenta la nube de puntos obtenida con los anteriores datos. En la misma podemos observar una relación lineal positiva que indica relación entre las variables planteadas. No obstante, según avanza la línea aparece una

⁵² Ver anexo 10.

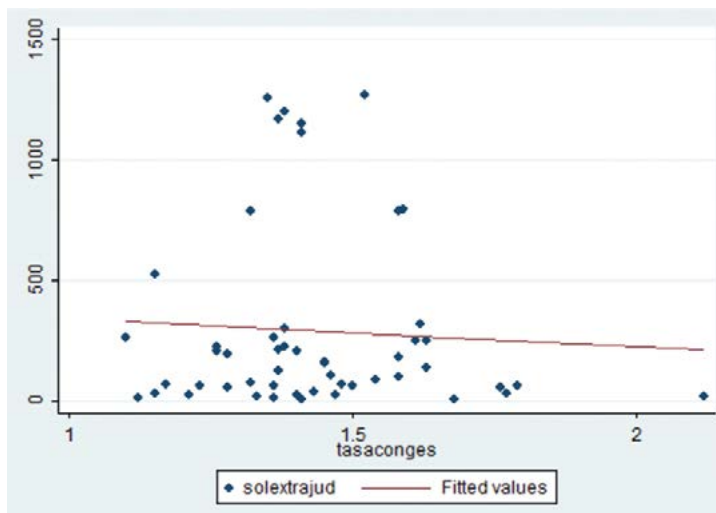


Gráfico 5. Nube de puntos de la regresión de la primera hipótesis.

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.



Gráfico 6. distribución del programa de gasto en justicia de los PGE (en millones de euros).

Fuente: elaboración propia con datos de los PGE.

gran dispersión entre los puntos con lo cual la dependencia lineal de las variables es más débil.

Dado que hemos observado esta relación entre ambas variables, consideramos interesante realizar un análisis de los recursos económicos con los que cuenta el Ministerio Fiscal. Para ello, el Gráfico 6 presenta los datos obtenidos del estudio del programa

de gasto de Justicia en los Presupuestos Generales del Estado (PGE) en los años 2014, 2015 y 2016⁵³.

En el gráfico anterior se observa que en los tres años analizados se dedican más de 1.300 millones de euros a los Tribunales de Justicia y al Ministerio Fiscal, siendo el máximo gasto en el año 2016 (1.465 millones de euros). No obstante, el gasto en formación de personal es mucho menor. En concreto, en el caso del Ministerio Fiscal la máxima cuantía que se ha dedicado es de 4 millones de euros en el año 2015. Resulta interesante comparar el gasto en el programa de justicia con el resto de programas de gasto, lo cual se refleja en el siguiente gráfico.



Gráfico 7. Comparativa entre los distintos programas de gasto de los PGE (en millones de euros).

Fuente: elaboración propia con datos de los PGE.

Como podemos observar, el programa de Justicia no se encuentra entre los principales objetivos de gasto de los Presupuestos Generales del Estado. De hecho, de entre los trece programas de gasto, se encuentra en las últimas posiciones.

Es relevante centrarse especialmente en la figura del fiscal, por el destacado papel que tiene dentro del proceso penal del menor. Observamos que las consecuencias de esta política de gastos se reflejan en la presencia de una mediana de un fiscal por cada 8.320 habitantes menores con edades comprendidas entre 14 y 18 años⁵⁴. Igualmente

⁵³ Como se establece en los propios PGE, la finalidad del programa de justicia es proporcionar a la Administración de Justicia los medios materiales, financieros, tecnológicos y personales necesarios para cumplir con el mandato constitucional de ejercer la potestad jurisdiccional y defensa de la legalidad, interés público y derechos de los ciudadanos.

⁵⁴ La media proporciona un resultado de 9.387,73 menores con edades comprendidas entre 14 y 18 años por fiscal. Se trata de una cifra mayor dado que la media es sensible a los valores extremos que se puedan encontrar en la variable analizada. Estos valores extremos se encuentran en las comunidades de Madrid, Cataluña y Andalucía.

cada fiscal de menores tiene una mediana de 358.33 asuntos⁵⁵. Todo ello explica los resultados obtenidos en la regresión realizada.

6.2. Segunda hipótesis

En la segunda hipótesis de esta investigación se plantea que la elevada tasa de congestión en los juzgados de menores conlleva la realización de un mayor número de soluciones extrajudiciales en aplicación del artículo 19 LORPM. Identificamos como variable dependiente el número de soluciones extrajudiciales realizadas, siendo la variable independiente la tasa de congestión en los juzgados de menores.

Primero es necesario explicar qué son las soluciones extrajudiciales. Una vez judicializado el procedimiento, tras el decreto de incoación del expediente de reforma del fiscal, una de las posibilidades que se reconocen es la aplicación del artículo 19. Este artículo consiste en el sometimiento a mediación por conciliación o reparación⁵⁶, siempre y cuando se den las circunstancias del artículo 18, expuestas en el apartado anterior⁵⁷.

El mecanismo teórico que explica la relación entre ambas variables es el siguiente. Una vez judicializado el procedimiento y producida la reparación o conciliación, si su conclusión ha sido satisfactoria ya no se celebra juicio oral y tampoco es necesaria una sentencia condenatoria. De manera que es posible que exista una relación entre el volumen de trabajo en los juzgados de menores y la realización de soluciones extrajudiciales, dado que los operadores judiciales pueden entender que, en el momento en que estas soluciones son satisfactorias, se produce cierta agilización del proceso judicial al no ser necesario continuar con la tramitación del procedimiento y producirse el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre la víctima y el menor infractor.

a) Variable independiente

La variable independiente en esta hipótesis es el volumen de trabajo en los juzgados de menores. Para poder conocer el volumen de trabajo se ha procedido a realizar

⁵⁵ La media proporciona un resultado de 397.06 asuntos por fiscal. Al igual que con el caso de la población, se trata de una cifra mayor dado que la media es sensible a los valores extremos que se puedan encontrar en la variable analizada. Estos valores extremos se encuentran en las comunidades de Madrid, Cataluña y Andalucía.

⁵⁶ Como se señaló en páginas anteriores, la conciliación se basa en la satisfacción psicológica de la víctima gracias al arrepentimiento y perdón del menor, mientras que en la reparación el menor infractor lleva a cabo el compromiso acordado basado en acciones que benefician a la víctima o a la comunidad. El fiscal solicitará al equipo técnico un informe acerca de la adecuación de una solución extrajudicial al caso en base al interés superior del menor, la víctima y el consentimiento libre de ambos (también de los representantes legales en el caso de los menores de edad).

⁵⁷ Estos requisitos son: que se trate de un delito menos grave, ausencia de violencia o intimidación graves, y especial consideración de las circunstancias del hecho y del menor infractor.

un análisis de los asuntos pendientes, asuntos registrados y resueltos en estos juzgados en cada comunidad autónoma⁵⁸. Gracias a la obtención de estos datos se ha podido calcular la tasa de congestión de los juzgados de menores, la cual es resultado de la suma entre asuntos pendientes y registrados divididos entre los asuntos resueltos.

Las características de esta variable de tasa de congestión de los juzgados⁵⁹ son las siguientes:

Valor mínimo	1.1
Valor máximo	2.12
Media	1.43
Mediana	1.4

Tabla 3. Valores de la variable tasa de congestión de los juzgados.

Fuente: elaboración propia con datos del CGPJ.

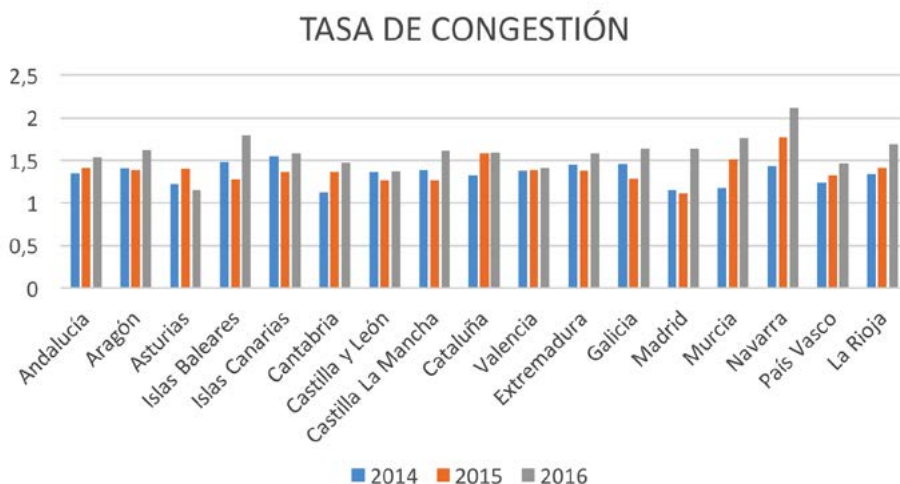


Gráfico 8. Distribución de la variable tasa de congestión de los juzgados.

Fuente: elaboración propia con datos del CGPJ.

Tras analizar las características de esta variable se puede observar que hay una notable diferencia entre el valor máximo y el mínimo de la variable. No obstante, los valores obtenidos con la media y la mediana nos indican que todas las comunidades presentan unas características similares, como se puede observar en el gráfico anterior.

⁵⁸ La distribución de cada una de las variables se recoge en el anexo 7.

⁵⁹ Ver anexo 6.

b) Variable dependiente

La variable dependiente es el número de soluciones extrajudiciales realizadas. Los resultados del análisis de esta variable son los siguientes⁶⁰:

Valor mínimo	5
Valor máximo	1270
Media	290.90
Mediana	139

Tabla 4. Valores de la variable soluciones extrajudiciales.

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

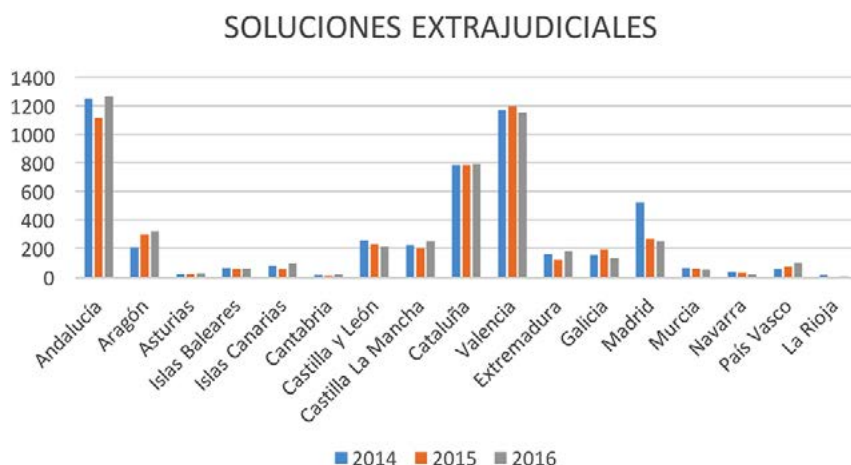


Gráfico 9. Distribución de la variable soluciones extrajudiciales.

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

Resulta interesante plantear el porcentaje de estos datos sobre las soluciones extrajudiciales en relación con el total de expedientes de reforma incoados en cada comunidad. El resultado se presenta en el Gráfico 10.

Con el análisis de la variable soluciones extrajudiciales, se observa una enorme diferencia entre el valor mínimo y máximo de la variable. Esta idea se refleja en el primero de los gráficos, donde los valores más altos pertenecen a Andalucía, Cataluña, Valencia y Madrid. Se aprecia una mayor igualdad entre comunidades cuando el número de soluciones extrajudiciales se pone en relación con el total de expedientes de reforma incoados. Si bien Aragón sufre un notable incremento, Valencia, Cataluña, Madrid y Andalucía continúan dentro de las comunidades con porcentajes más elevados.

⁶⁰ Ver anexo 8.

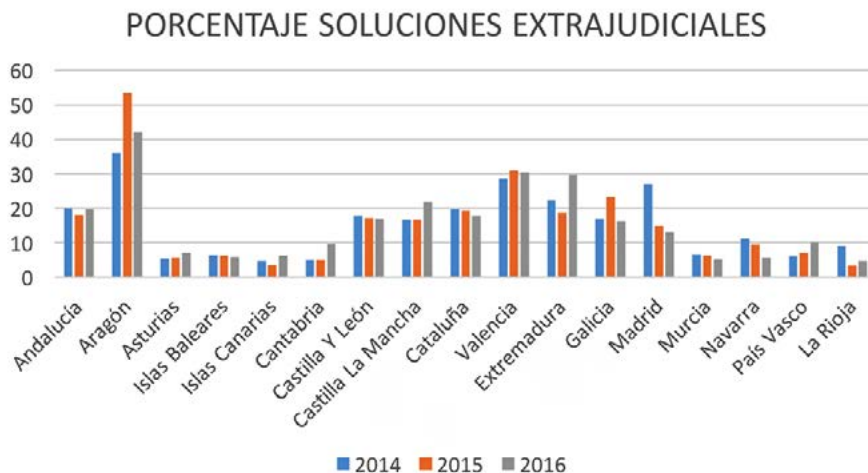


Gráfico 10. Distribución del porcentaje de la variable soluciones extrajudiciales.

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

Al realizar la regresión simple con ambas variables⁶¹, el coeficiente de la variable independiente es de -118.38 puntos. El coeficiente negativo indica una relación inversa entre las variables. Por lo tanto, cuando aumenta en una unidad la tasa de congestión en los juzgados, el número de soluciones extrajudiciales disminuye en 118.38 unida-

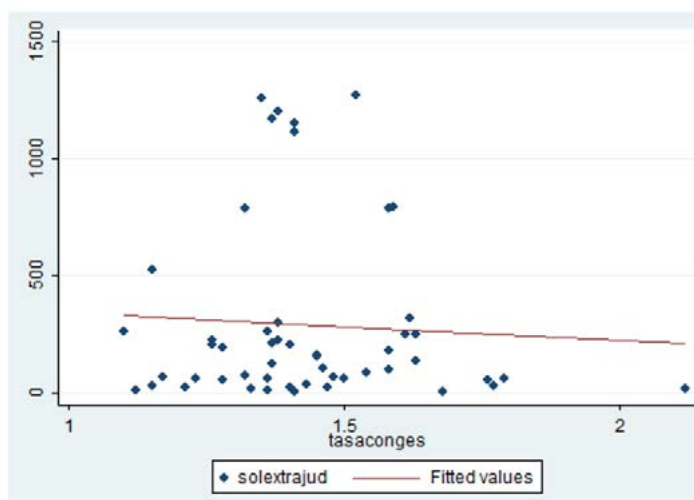


Gráfico 11. Nube de puntos de la regresión de la segunda hipótesis.

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE y del CGPJ.

⁶¹ Ver anexo 11.

des. Teniendo en cuenta los valores mínimo y máximo de la variable dependiente, 5 y 1270 respectivamente, se trata de un efecto discreto. Esta relación negativa entre las variables se recoge en la nube de puntos, presentada en el Gráfico 11.

Finalmente, el intervalo de confianza comprende las siguientes cifras: -685.20 a 448.43. No podemos rechazar la hipótesis nula de que una mayor tasa de congestión en los juzgados de menores no tiene efecto sobre el número de soluciones extrajudiciales, el P-value es superior al 5%, en concreto, es de 0.67 puntos. Dado que aparecen valores positivos y negativos no es posible determinar el sentido del efecto que se daría en caso de producirse algún efecto. Por lo tanto, nos encontramos con un gran intervalo de confianza lo cual genera una gran incertidumbre sobre si es posible que se produzca algún efecto y, de producirse, cuál sería su sentido.

6.3. Tercera hipótesis

En la tercera hipótesis se plantea que la elevada tasa de congestión en los juzgados de menores conlleva un mayor número de sobreseimientos en aplicación del artículo 27.4 LORPM. La variable independiente vuelve a ser el volumen de trabajo en los juzgados de menores. La variable dependiente, en este caso, es el número de sobreseimientos en aplicación del artículo 27.4 LORPM.

En primer lugar, es necesario exponer en qué consiste la aplicación del artículo 27.4 LORPM. Se trata del archivo del procedimiento por entender que los hechos ya han sido suficientemente sancionados con los trámites judiciales que se han realizado hasta el momento⁶².

El mecanismo teórico que explica la relación entre ambas variables, al igual que en la hipótesis anterior, reside en el hecho de que en el momento en que se decide la aplicación de este artículo no se continúa con la tramitación del expediente. Por tanto, es posible que exista relación entre el volumen de trabajo de los juzgados de menores y la aplicación del sobreseimiento del artículo 27.4 LORPM, dado que al no continuar con la celebración del juicio oral ni con el dictado de una sentencia condenatoria, los operadores judiciales pueden entender que se produce cierta agilización de la justicia.

⁶² Para el archivo del procedimiento es necesario que se cumplan los requisitos del artículo 19.1 LORPM: delito menos grave o falta, sin violencia ni intimidación, se haya producido la conciliación o reparación entre el menor y la víctima o el menor se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico. Este archivo se realizará a propuesta del equipo técnico al entender que ya ha existido suficiente reproche con los trámites practicados o que dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos, la adopción de alguna medida iría en contra del interés del menor.

a) Variable independiente

La variable independiente vuelve a ser el volumen de trabajo en los juzgados de menores. A fin de no repetirnos, nos remitimos al análisis de la variable sobre la tasa de congestión de los juzgados realizado en el apartado de la segunda hipótesis.

b) Variable dependiente

La variable dependiente es el número de sobreseimientos en aplicación del artículo 27.4 LORPM. Los resultados obtenidos tras el análisis de esta variable⁶³ son los siguientes:

Valor mínimo	3
Valor máximo	388
Media	95.49
Mediana	59

Tabla 5. Valores de la variable sobreseimientos en aplicación del artículo 27.4 LORPM.

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

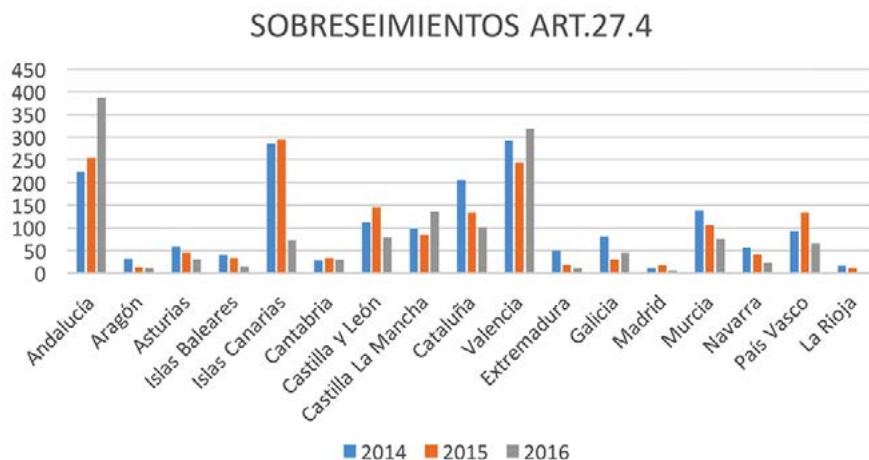


Gráfico 12. Distribución de la variable sobreseimientos del artículo 27.4 LORPM.

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

A continuación se presenta, además, el porcentaje de sobreseimientos en relación con el total de expedientes de reforma incoados.

⁶³ Ver anexo 9.

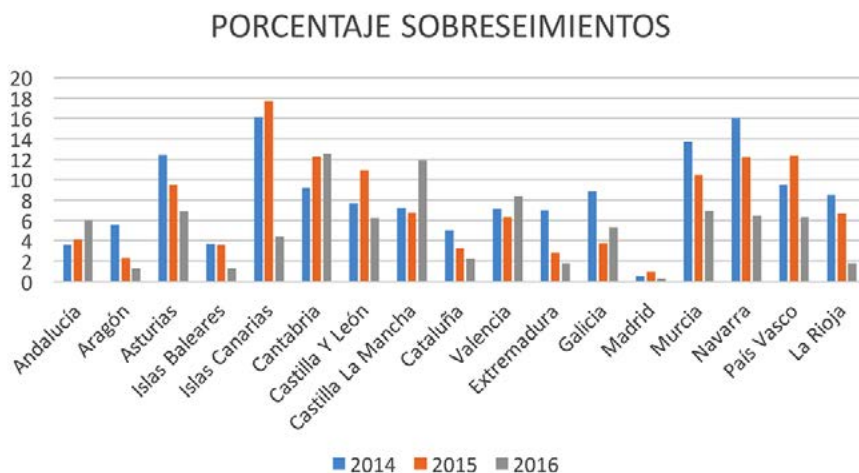


Gráfico 13. Distribución del porcentaje de la variable sobreseimientos del artículo 27.4 LORPM.

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

En ambos gráficos se puede observar una distribución muy desigual de la aplicación de los desistimientos del artículo 27.4 LORPM entre las distintas comunidades.

Esto coincide con la diferencia de más de 300 casos entre el valor mínimo y máximo de la variable.

Tras realizar la regresión simple entre ambas variables⁶⁴, el coeficiente que hemos obtenido es de -40.62 puntos. Por tanto, cuando aumenta en una unidad la tasa de con-

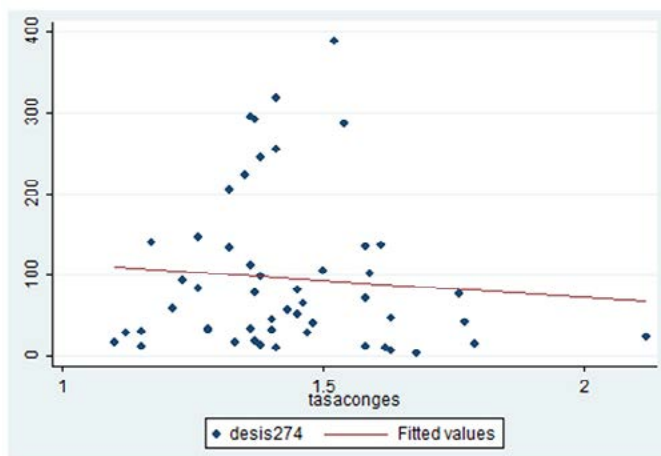


Gráfico 14. Nube de puntos de la regresión de la tercera hipótesis.

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE y del CGPJ.

⁶⁴ Ver anexo 12.

gestión en los juzgados de menores, el número de desistimientos en aplicación del artículo 27.4 de la ley disminuye en 40.62 puntos. Teniendo en cuenta los valores mínimo y máximo de la variable dependiente, 3 y 388 respectivamente, no se trata de un efecto demasiado grande. Esta relación negativa entre las variables se recoge en la nube de puntos presentada en el Gráfico 14.

Respecto al intervalo de confianza, este se sitúa entre las cifras -183.50 y 102.25, por lo tanto, no podemos rechazar la hipótesis nula de que la tasa de congestión en los juzgados no tiene efecto sobre el número de sobreseimientos en aplicación del artículo 27.4 LORPM. Si analizamos el P-value, éste es superior al 5% (0.57 puntos) por lo que, como decimos, no es posible rechazar la hipótesis nula. Además, el intervalo de confianza comprende valores positivos y negativos, lo cual nos produce una gran incertidumbre. En caso de que nuestra variable independiente produjera algún efecto, no somos capaces de determinar el sentido del mismo.

6.4. Cuarta hipótesis

Recordemos que la cuarta hipótesis de este trabajo afirma que la adquisición de competencias en materia de justicia por parte de las Comunidades Autónomas influye en las decisiones adoptadas con respecto al menor infractor.

Para comprender el mecanismo teórico que explica la relación entre ambas variables es necesario acudir a la disposición final tercera de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor. Esta disposición determina las reformas en materia de personal que deben realizarse a fin de cumplir los objetivos establecidos en la ley. Para la realización de estas reformas son competentes el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas que hayan adquirido competencias en materia de justicia. Estas reformas en materia de personal se materializan en la adaptación de la plantilla de los Juzgados de Menores, de las Carreras Judicial y Fiscal, de los funcionarios de la Administración de Justicia, de los Equipos Técnicos y de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial. Por lo tanto, esta adaptación de todo el personal que participa en el proceso penal del menor se ha realizado por distintos actores en función de la asunción o no de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, dando lugar a organizaciones determinadas que pueden influir en las decisiones adoptadas con respecto al menor infractor.

a) Variable independiente

La variable independiente es la adquisición de competencias autonómicas en materia de justicia. A continuación, se presenta una tabla con la distribución de comunidades en función de si han adquirido o no estas competencias:

Con competencias	Andalucía, Aragón, Asturias, Islas Canarias, Cantabria, Cataluña, Valencia, Galicia, Madrid, Navarra, País Vasco y La Rioja.
Sin competencias	Islas Baleares, Castilla y León, Castilla la Mancha, Extremadura y Murcia.

Tabla 6. Distribución de comunidades autónomas en función de la asunción o no de competencias en materia de justicia.

Fuente: elaboración propia con datos de www.conflegal.com

b) Variable dependiente

La variable dependiente son las decisiones adoptadas con respecto al menor infractor. Las decisiones que se van a analizar son los desistimientos en aplicación del artículo 18, las soluciones extrajudiciales del artículo 19 y los sobreseimientos en aplicación del artículo 27.4 LORPM. A fin de no resultar repetitivas, dado que estas variables han sido descritas en los apartados de primera, segunda y tercera hipótesis, nos remitimos a la información que se ha proporcionado con anterioridad.

Dado que la variable independiente es dicotómica, se ha procedido a realizar una comparación de medias. Los resultados obtenidos de la misma se presentan a continuación.

a) En relación con los desistimientos en aplicación del artículo 18 LORPM⁶⁵

Se observa que la media en el grupo 0 (aquellas comunidades que no tienen competencias adquiridas en materia de justicia) es de 179.53 mientras que en el grupo 1 (comunidades que sí tienen competencias de justicia) es de 661.16. Hay una diferencia de -481.63 puntos. Esta cifra es el efecto causal de la variable independiente, es decir, el efecto que la adquisición de competencias autonómicas en materia de justicia tiene sobre el número de desistimientos en aplicación del artículo 18 LORPM.

Teniendo en cuenta que los valores mínimo y máximo de la variable dependiente son de 32 y 2189, respectivamente, se trata de un efecto destacado. Además, es un efecto positivo, de manera que cuando hay adquisición de competencias hay un mayor número de desistimientos. Igualmente, si analizamos el intervalo de confianza no comprende el 0, por lo que rechazamos la hipótesis nula de que la adquisición de competencias en materia de justicia no tiene efecto sobre el número de desistimientos realizados. El P-value es inferior al 5%, es de 0.01 puntos, con lo cual rechazamos esa hipótesis nula.

b) En relación con la aplicación de soluciones extrajudiciales⁶⁶

Se observa que la media en el grupo 0 (sin competencias en justicia) es 148.06 mientras que en el grupo 1 (con competencias en justicia) es de 350.41. Existe una

⁶⁵ Ver anexo 13.

⁶⁶ Ver anexo 14.

diferencia de 202.35 puntos, que constituye el efecto causal que la adquisición de competencias autonómicas en materia de justicia tiene sobre las soluciones extrajudiciales. Si consideramos los valores mínimo y máximo de la variable dependiente, 5 y 1270 respectivamente, se trata de un efecto discreto.

Por otro lado, en cuanto al intervalo de confianza, genera una gran incertidumbre al comprender valores positivos y negativos. Por ello, no podemos rechazar la hipótesis nula de que la adquisición de competencias en materia de justicia no influye en el número de soluciones extrajudiciales. En este sentido, el P-value es superior al 5% (0.08 puntos), por lo tanto no podemos concluir que exista relación entre las variables analizadas.

c) En relación con los sobreseimientos del artículo 27.4 LORPM⁶⁷

En esta comparación de medias se puede apreciar que en el grupo 0 la media es de 76.33 mientras que en el grupo 1 es de 103.47 puntos. Encontramos una diferencia de 27.13 puntos, la cual constituye el efecto causal de la adquisición de competencias sobre el número de sobreseimientos en aplicación del artículo 27.4 LORPM. Sin embargo, es un efecto muy discreto atendiendo a los valores mínimo y máximo de la variable dependiente, 3 y 388, respectivamente.

Finalmente, en cuanto al intervalo de confianza, contiene valores positivos y negativos lo cual impide que podamos determinar si la adquisición de competencias tiene algún efecto sobre el número de sobreseimientos y, en caso de existir algún efecto, cuál sería el sentido del mismo. En este sentido, el P-value es superior al 5% (0.36 puntos), por lo que no podemos rechazar la hipótesis nula de que la adquisición de competencias no tiene efecto sobre los sobreseimientos del artículo 27.4 LORPM.

7. CONCLUSIONES

Las conclusiones del análisis realizado en esta investigación y presentado en los apartados anteriores son las siguientes:

- Se observa que los principios restaurativos casan perfectamente con el objetivo primordial de la normativa penal del menor, el interés superior del menor, pero también con el respeto y la consideración debida a la víctima del delito. Si bien no en todas las manifestaciones del principio de oportunidad se produce mediación entre víctima e infractor, la ley contempla la reparación y la conciliación como mecanismos que de ser exitosos conllevan la conclusión del procedimiento penal.

⁶⁷ Ver anexo 15.

- Merecen especial mención las propuestas y recomendaciones realizadas en el ámbito europeo y de Naciones Unidas. Así podemos encontrar documentos en los que se muestra el seguimiento de la situación de la justicia juvenil centrandó el interés en aquellas situaciones más conflictivas que merecen más atención por parte de los organismos competentes. Igualmente, se establecen pautas para garantizar y proteger los derechos de los menores en conflicto con la ley y para aplicar los postulados de la justicia restaurativa en materia penal. Destaca la perspectiva de género que aporta UNODC al reconocer la necesidad concreta de proteger a las niñas dada la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran.
- Las consecuencias de la aplicación de estos procedimientos son muy positivas al dar lugar a la satisfacción de la víctima y la reducción de la reincidencia del menor infractor pero también cierta agilización de la justicia y la pacificación social. Además, la experiencia de casi 20 años de aplicación sirve como modelo de aplicación para la configuración de un sistema de justicia restaurativa en el proceso penal de adultos. Para que estos procesos restaurativos puedan llevarse a cabo y dar lugar a estas consecuencias, es crucial el papel de las comunidades autónomas, al ser las responsables de crear los equipos técnicos formados por expertos encargados de estas actividades.
- En el análisis que relaciona el volumen de trabajo de los operadores judiciales y su incidencia en las decisiones adoptadas con respecto al menor infractor, hemos concluido que el elevado volumen de trabajo en la fiscalía conlleva un incremento del número de desistimientos en aplicación del artículo 18 LOR-PM. Si bien es una relación de causalidad discreta, se trata de una relación lineal positiva.
- En relación con esta situación de la Fiscalía de menores, hemos podido observar que el programa de gasto en justicia de los Presupuestos Generales del Estado no se encuentra dentro de los que obtienen una mayor financiación, en comparación con el resto de programas. El resultado de ello es que, analizando la mediana de las variables, encontramos un fiscal de menores por cada más de 8.000 habitantes con edades comprendidas entre 14 y 18 años. Igualmente cada fiscal debe hacer frente a un número superior a 300 asuntos al año.
- Por ello, consideramos que debe realizarse un importante aumento del presupuesto destinado al Ministerio Fiscal a fin de que existan más recursos materiales y humanos para que se produzca un tratamiento adecuado a las necesidades que presenten los menores infractores y las víctimas en el proceso penal del menor. Además, la distribución de estos recursos debe hacerse de forma acorde a la situación en cada Comunidad. Así, a tenor de los datos analizados es necesaria una mayor inversión en Andalucía, Cataluña, Valencia y Madrid.
- Sin embargo, no podemos determinar si existe relación o no entre la tasa de

congestión en todos los juzgados de menores y el número de soluciones extrajudiciales del artículo 19 LORPM y sobreseimientos realizados en aplicación del artículo 27.4 LORPM. En los resultados obtenidos de la regresión lineal realizada, se obtiene una nube de puntos en la que se puede apreciar que incluso se trata de una relación inversa. Por tanto, a medida que aumenta la tasa de congestión disminuye la aplicación de este tipo de soluciones basadas en la aplicación del principio de oportunidad.

- En relación con las variables anteriores, hemos observado que la tasa de congestión en los juzgados de menores del conjunto de Comunidades es muy elevada, por lo que una vez más se manifiesta la necesidad de invertir más recursos en Justicia de menores, principalmente en las partidas correspondientes a la Fiscalía y a los servicios de justicia restaurativa.
- Al analizar el número de soluciones extrajudiciales hemos observado que existen numerosas desigualdades entre Comunidades Autónomas. Sin embargo, hemos desechado la variable “carga de trabajo de los juzgados” como posible causa del número de soluciones extrajudiciales existente. Por ello, creemos que en investigaciones futuras sería interesante centrar la atención en el análisis pormenorizado de los equipos técnicos de cada comunidad a fin de determinar cuáles son los factores que pueden estar influyendo en las diferencias entre comunidades.
- Finalmente, en nuestro análisis sobre las implicaciones de la adquisición de competencias en materia de justicia por parte de las Comunidades Autónomas, hemos constatado que es cierto que las transferencias en esta materia influyen sobre los desistimientos realizados en aplicación del artículo 18 LORPM. Sin embargo, no podemos concluir que tenga efecto causal sobre las soluciones extrajudiciales del artículo 19 LORPM y los sobreseimientos del artículo 27.4 LORPM.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas

- Bernuz Beneitez, M. (2014). “Las posibilidades de la justicia restaurativa en la justicia de menores (española)”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16-14, pp. 1-27.
- Cano, A., y Andrés-Pueyo, A. (2012). “La justicia juvenil en Cataluña: características generales y funcionamiento”. *EduPsykhé. Revista de Psicología y educación*, vol. 11, nº 2, pp. 191-214.
- Capdevila, M., Ferrer, M. y Luque, E. (2005). *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CEJFE).

- Elder, C. y Cobb, R. (1984). "Agenda-Building and the Politics of Aging". *The Policy Studies Journal*, vol. 13, nº 1, pp. 115-129.
- Cohen, M., March, J., y Olsen, J. (1972). "A Garbage Can Model of Organizational Choice". *Administrative Science Quarterly*, vol. 17, nº1, pp. 1-25.
- Confilegal (2016). *Las comunidades con competencias transferidas se repartirán 6 millones de euros para modernizar la Justicia* (3 de junio) (<https://confilegal.com/20160603-las-comunidades-competencias-transferidas-se-repartiran-6-millones-euros-modernizar-la-justicia/>).
- Düinkel, F., Horsfield, P., y Parosanu, A. (2015). *Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Justice Practices in Europe: snapshots from 28 EU Member States*. Bruselas: International Juvenile Justice Observatory.
- Feldman, M. (1989). *Order without design: information production and policy making*. California: Stanford University Press.
- Fernández Murcia, A. (2015). *Menores infractores y violencia juvenil. Reeducación, nuevas perspectivas e inclusión*. Madrid: Editorial Popular.
- Flores Prada, I. (2015). "Algunas reflexiones sobre la justicia restaurativa en el sistema español de justicia penal". *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 45 pp.
- González Pillado, E., y Grande Seara, P. (2012). "La mediación en la justicia penal de menores: posibilidades, presupuestos y efectos". En Garciandía González, P.M., Soletto Muñoz, H. (eds.), *Sobre la mediación penal. Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 571-620.
- Hoyt, P. y Garrison J. (1997). "Political Manipulation within the Small Group: Foreign Policy Advisers in the Carter Administration". En Hart, P, Stern, E. y Sundelius, B. (eds.). *Beyond groupthink: Political group dynamics and foreign policy-making*. Ann Arbor: University of Michigan Press, pp. 249-274.
- Lecumberri, P. (2012). "El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº4, pp. 17-43.
- Montero Hernanz, T. (2010). "La delincuencia juvenil en España en Datos". *Cuadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*. nº 9, pp. 14-22.
- Moreno Catena, V. (2008). "Ámbito de aplicación y garantías procesales en el proceso penal de menores". En González Pillado, E. (Coor.), *Proceso penal de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 21-49.
- Perulero García, D. (2012). "Hacia un modelo de justicia restaurativa: la mediación penal". En Garciandía González, P.M., Soletto Muñoz, H., (Dir.), *Sobre la mediación penal. Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 69-89.
- Put, J., Vanfraechem, I., y Walgrave, L. (2012). "Restorative Dimensions in Belgian Youth Justice". *Youth justice*, vol.12, nº 2, pp. 83-100.

- Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sáez Valcárcel, R. (2006). “La mediación reparadora en el proceso penal. Reflexión a partir de una experiencia”. *Estudios de derecho judicial*, nº 111, pp. 35-86.
- Sánchez, L. (2011). “Vicente Magro, Presidente Audiencia Provincial de Alicante: ‘impulsando la mediación penal eliminaríamos dos millones de asuntos de los juzgados’”. *Lawyerpress* (5 de enero) (www.lawyerpress.com/news/2015_01/0501_15_001.html).
- Soletto Muñoz, H. (2012). “La Justicia restaurativa como elemento complementario a la Justicia tradicional”. En Garciandía González, PM., Soletto Muñoz, H. (eds.), *Sobre la mediación penal. Posibilidades y Límites en un Entorno de Reforma del Proceso Penal Español*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 41-69.
- Soletto Muñoz, H. (2016). “La participación de la víctima en Justicia Restaurativa”. CENDOJ, Consejo General del Poder Judicial.
- Soletto Muñoz, H. (2017a). “La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos”. *Revista de Mediación*, vol. 10, nº1, 6 p.
- Soletto Muñoz, H. (2017b). “La justicia restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”. En Cuesta Arzamendi, J., Subijana Zunzunegui, I., Soletto Muñoz, H., Varona Martínez, G. (eds.). *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 249-267.
- Subirats, J. y Gomà, R. (2002). “Políticas públicas: hacia la renovación del instrumental de análisis”. En *Planificación y evaluación de políticas de información. Documentos de lectura*, Barcelona: Universidad Oberta de Catalunya, pp. 151-168.
- Vidal Martínez, F. (2000). *La nueva responsabilidad penal del menor: según la Ley orgánica 5/2000*. Barcelona: Economist & Jurist.
- Zahariadis, N. (2014). ‘Ambiguity and Multiple Streams’. En Sabatier, P. and Weible, C. (eds.). *Theories of the Policy Process (third edition)*. Boulder (CO): Westview Press, p. 25-58.
- Zaragoza Tejada, J. (2017). “La mediación y la Justicia Restaurativa en el procedimiento penal del menor”. En Cuesta Arzamendi, J., Subijana Zunzunegui, I., Soletto Muñoz, H., Varona Martínez, G. (eds.). *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 389- 407.

Documentos institucionales

- Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor de la Comunidad de Madrid (2014). *Memoria 2014* (www.madrid.org/bvirtual/BVCM018130.pdf).

- Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor de la Comunidad de Madrid (2015). *Memoria 2015* (www.madrid.org/bvirtual/BVCM019340.pdf).
- Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor de la Comunidad de Madrid (2016). *Memoria 2016* (www.madrid.org/bvirtual/BVCM019489.pdf).
- CESE (Comité Económico y Social Europeo) (2006). *Dictamen sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52006IE0414>).
- Comité de Ministros del Consejo de Europa (2010). *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice* (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045f5a9>).
- Fiscalía General del Estado (2011). *Circular 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores* (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular9_2011_Reforma_Menores.pdf?idFile=d29f2db6-3c03-435a-b7e5-3b65fba53ee7).
- Fiscalía General del Estado (2014). *Instrucción 1/2014 sobre las memorias de los órganos del Ministerio Fiscal y de la Fiscalía General del Estado* (https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA_SITE/recursos/cir_inst_cons/instruccion_1_2014.pdf).
- Fiscalía General del Estado (2014). *Memoria 2014* (https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MEMFIS14.pdf?idFile=dd3ff8fc-d0c5-472e-84d2-231be24bc4b2).
- Fiscalía General del Estado (2015). *Memoria 2015* (https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS15.pdf).
- Fiscalía General del Estado (2016). *Memoria 2016*. (https://www.fiscal.es/memorias/memoria2016/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS16.pdf).
- Parlamento Europeo y Consejo (2012). *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32012L0029>).
- UNODC (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Serie de manuales sobre justicia penal (https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf).
- UNODC (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) (2008). *Manual para cuantificar los indicadores de la justicia de menores*. (www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/JJ_indicators_Spanish_webversion.pdf).

- UNODC (Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) (2014). *Justicia en asuntos concernientes a los niños en conflicto con la ley. Ley modelo sobre justicia juvenil y su comentario* (https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Model_Law_on_Juvenile_Justice_in_Spanish_ebook.pdf).
- UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) y SRSG (Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños) (2015). *Prevention of and responses to violence against children within the juvenile justice system* (https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/8._prevention_of_and_responses_to_violence_against_children_within_the_juvenile_justice_system.pdf).

Legislación y jurisprudencia

- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.
- Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.
- Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Boletín Oficial del Estado, de 26 de diciembre de 2013, nº309, p.104609-105136.
- Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. Boletín Oficial del Estado, de 30 de diciembre de 2014, nº 315, p. 106153-106659.
- Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. Boletín Oficial del Estado, de 30 de octubre de 2015, nº260, p.101965-102560.
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de 7 de abril de 1995, nº 83.
- Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado de 26 de noviembre de 2003, nº 283, p. 41842- 41875.
- Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Boletín Oficial del Estado de 11 de junio de 1992, nº 140, p. 19794 -19796.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado de 13 de enero de 2000, nº 11, p. 1422-1441.

- Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado de 5 de diciembre de 2006, nº 290, p. 42700- 42712.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado de 2 de julio de 1985, nº 157, p. 20632-20678.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado de 30 de agosto de 2004, nº 209, p. 30127-30149.
- Recommendation CM/Rec(2018)8 of the Committee of Ministers to member States concerning restorative justice in criminal matters.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Reglas de Beijing. Asamblea General de la ONU, Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, nº 53, p.207.
- Resolución 25/6, sobre Derechos del niño: acceso de los niños a la justicia del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 27 de marzo de 2014.
- Resolución 78/62, sobre transformación social y delincuencia juvenil del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 29 de noviembre de 1978.
- Resolución 2002/12, sobre los principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), de 24 de julio de 2002.
- Resolución 2016/17, sobre Justicia restaurativa en asuntos penales, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), de 26 de julio de 2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2016, nº 23/2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, nº 36/1991.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 2003, nº 206/2003.

Fuentes estadísticas

- Consejo General del Poder Judicial (España). Base de datos de la estadística judicial. PC-AXIS (<http://www6.poderjudicial.es/PXWeb/pxweb/es/?rxid=a36b194c-3eea-4abc-880c-191987d9ee55>).
- Instituto Nacional de Estadística (INE). INEBase (<http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=9681&L=0>).

ANEXOS

Anexo 1. Análisis de la variable asuntos por fiscal

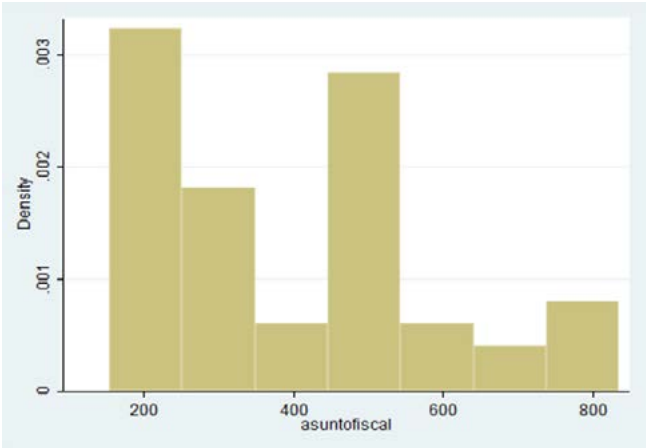
```
. summarize asuntofiscal , detail
```

asuntofiscal				
Percentiles		Smallest		
1%	155	155		
5%	164	155.545		
10%	180.5	164	Obs	51
25%	214.846	165.875	Sum of Wgt.	51
50%	358.333		Mean	397.0676
		Largest	Std. Dev.	189.1958
75%	496.217	741.909		
90%	725.666	752.666	Variance	35795.07
95%	752.666	790	Skewness	.562238
99%	834.545	834.545	Kurtosis	2.398241

```
. summarize asuntofiscal
```

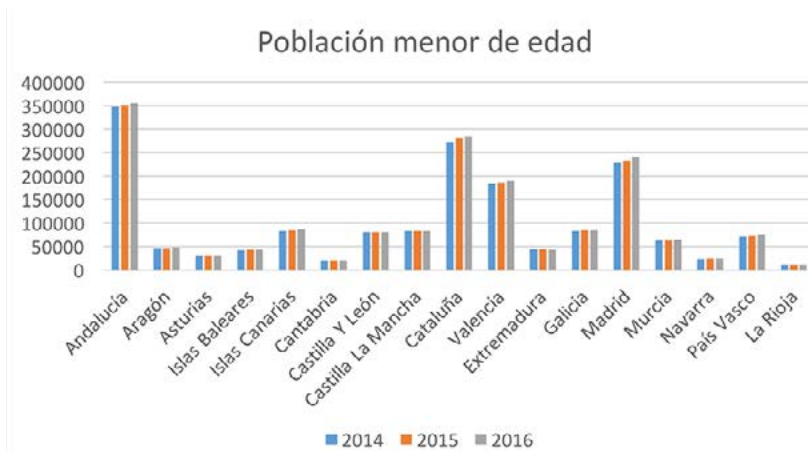
Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
asuntofiscal	51	397.0676	189.1958	155	834.545

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.



Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

Anexo 2. Población menor de edad en cada Comunidad Autónoma



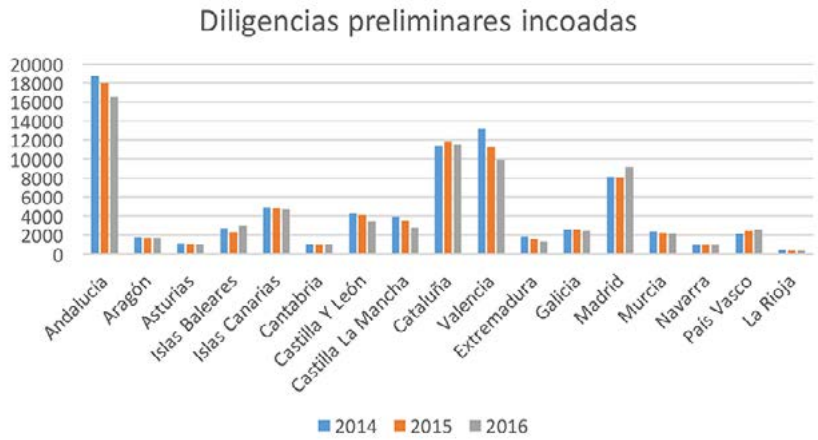
Fuente: elaboración propia con datos del INE.

Anexo 3. Fiscales en el área de reforma de menores



Fuente: elaboración propia con datos de la sección de menores de la FGE.

Anexo 4. Diligencias preliminares incoadas



Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

Anexo 5. Análisis de la variable desistimientos

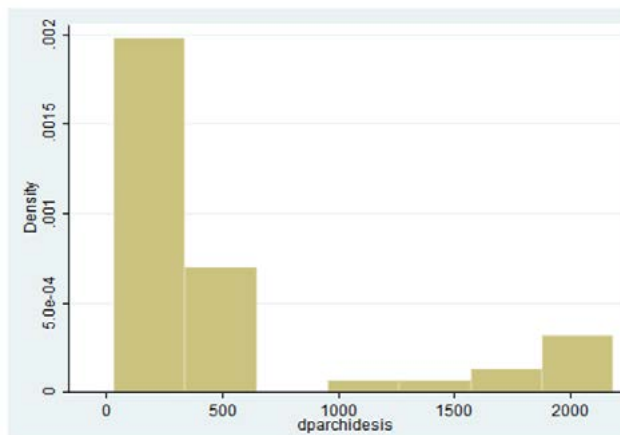
```
. summarize dparchidesis , detail
```

dparchidesis				
Percentiles		Smallest		
1%	32	32		
5%	47	43		
10%	80	47	Obs	51
25%	117	55	Sum of Wgt.	51
50%	232		Mean	519.5098
		Largest	Std. Dev.	644.7733
75%	566	1943		
90%	1770	2122	Variance	415732.6
95%	2122	2159	Skewness	1.632383
99%	2189	2189	Kurtosis	4.175793

```
. summarize dparchidesis
```

Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
dparchidesis	51	519.5098	644.7733	32	2189

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.



Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

Anexo 6. Análisis de la variable tasa de congestión de los juzgados

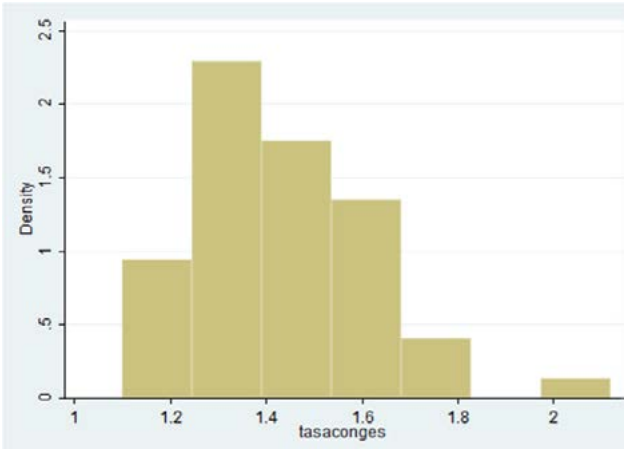
```
. summarize tasaconges , detail
```

tasaconges					
Percentiles		Smallest			
1%	1.1	1.1			
5%	1.15	1.12			
10%	1.21	1.15	Obs	51	
25%	1.32	1.15	Sum of Wgt.	51	
			Mean	1.433922	
50%	1.4		Std. Dev.	.1929568	
			Largest		
75%	1.58	1.76			
90%	1.63	1.77	Variance	.0372323	
95%	1.77	1.79	Skewness	.9023404	
99%	2.12	2.12	Kurtosis	4.716649	

```
. summarize tasaconges
```

Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
tasaconges	51	1.433922	.1929568	1.1	2.12

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.



Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

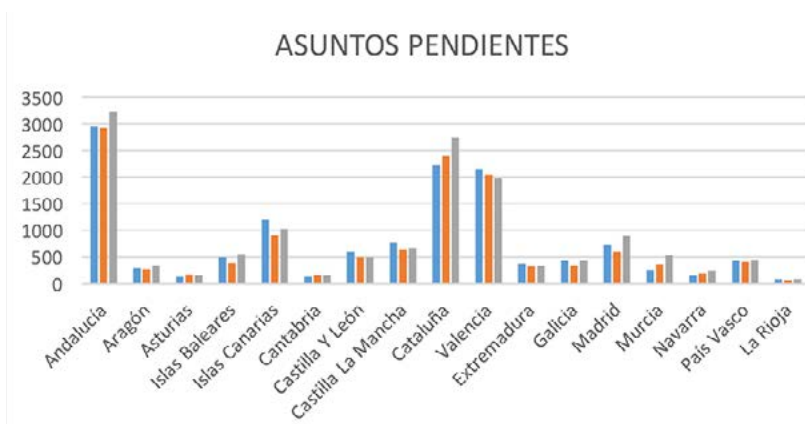
Anexo 7. Asuntos registrados, resueltos y pendientes en los Juzgados de Menores



Fuente: elaboración propia con datos del CGPJ.



Fuente: elaboración propia con datos del CGPJ.



Fuente: elaboración propia con datos del CGPJ.

Anexo 8. Análisis de la variable soluciones extrajudiciales

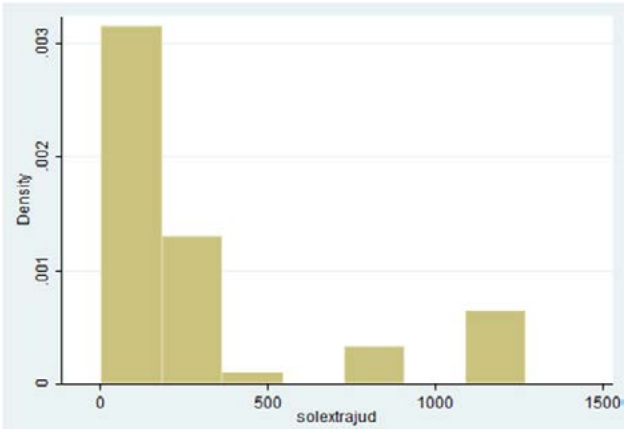
```
. summarize solextrajud , detail
```

solextrajud					
Percentiles		Smallest			
1%	5	5			
5%	14	8			
10%	20	14	Obs		51
25%	56	15	Sum of Wgt.		51
50%	139		Mean		290.902
		Largest	Std. Dev.		381.662
75%	265	1167			
90%	1114	1199	Variance		145665.9
95%	1199	1252	Skewness		1.61365
99%	1270	1270	Kurtosis		4.161671

```
. summarize solextrajud
```

Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
solextrajud	51	290.902	381.662	5	1270

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.



Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

Anexo 9. Análisis de la variable sobresimientos en aplicación del Artículo 27.4 LORPM

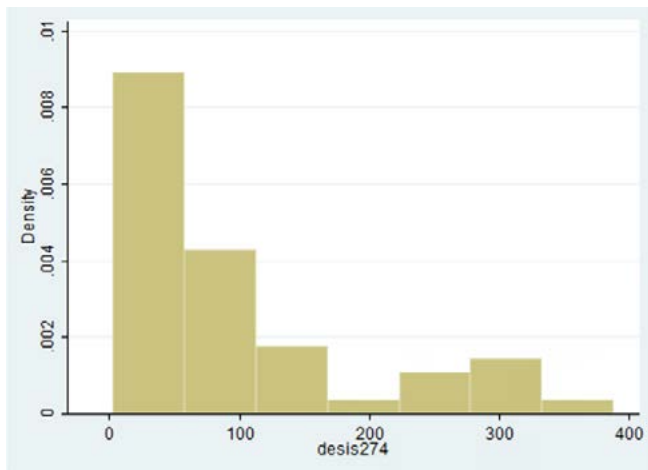
```
. summarize desis274 , detail
```

desis274						
Percentiles		Smallest				
1%	3	3				
5%	10	6				
10%	11	10	Obs	51		
25%	28	10	Sum of Wgt.	51		
50%	59	Largest	Mean	95.4902		
			Std. Dev.	96.35671		
75%	134					
90%	254			Variance	9284.615	
95%	295			Skewness	1.352616	
99%	388	388	Kurtosis	3.890235		

```
. summarize desis274
```

Variable	Obs	Mean	Std. Dev.	Min	Max
desis274	51	95.4902	96.35671	3	388

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.



Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

Anexo 10. Regresión primera hipótesis

```
. regress dparchidesis asuntofiscal
```

Source	SS	df	MS	Number of obs = 51		
Model	5866558.2	1	5866558.2	F(1, 49) = 19.27		
Residual	14920072.5	49	304491.276	Prob > F = 0.0001		
				R-squared = 0.2822		
				Adj R-squared = 0.2676		
				Root MSE = 551.81		
Total	20786630.7	50	415732.615			

dparchidesis	Coef.	Std. Err.	t	P> t	[95% Conf. Interval]	
asuntofiscal	1.810486	.4124685	4.39	0.000	.9815991	2.639372
_cons	-199.3754	181.0901	-1.10	0.276	-563.2895	164.5388

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE.

Anexo 11. Regresión segunda hipótesis

```
. regress solextrajud tasaconges
```

Source	SS	df	MS	Number of obs = 51		
Model	26088.8991	1	26088.8991	F(1, 49) = 0.18		
Residual	7257205.61	49	148106.237	Prob > F = 0.6765		
				R-squared = 0.0036		
				Adj R-squared = -0.0168		
				Root MSE = 384.85		
Total	7283294.51	50	145665.89			

solextrajud	Coef.	Std. Err.	t	P> t	[95% Conf. Interval]	
tasaconges	-118.3812	282.0601	-0.42	0.677	-685.2023	448.4398
_cons	460.6514	408.0264	1.13	0.264	-359.3083	1280.611

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE y del CGPJ.

Anexo 12. Regresión tercera hipótesis

```
. regress desis274 tasaconges
```

Source	SS	df	MS	Number of obs = 51		
Model	3072.38528	1	3072.38528	F(1, 49) = 0.33		
Residual	461158.36	49	9411.3951	Prob > F = 0.5704		
				R-squared = 0.0066		
				Adj R-squared = -0.0137		
				Root MSE = 97.012		
Total	464230.745	50	9284.6149			

desis274	Coef.	Std. Err.	t	P> t	[95% Conf. Interval]	
tasaconges	-40.62495	71.10203	-0.57	0.570	-183.5098	102.2599
_cons	153.7432	102.8558	1.49	0.141	-52.95318	360.4396

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE y del CGPJ.

Anexo 13. Comparación de medias con los desistimientos del Artículo 18 LORPM

```
. ttest dparchidesis , by ( competransferida )
```

Two-sample t test with equal variances

Group	Obs	Mean	Std. Err.	Std. Dev.	[95% Conf. Interval]	
0	15	179.5333	29.73308	115.1557	115.7622	243.3044
1	36	661.1667	120.0027	720.0162	417.5482	904.7851
combined	51	519.5098	90.28632	644.7733	338.1644	700.8552
diff		-481.6333	187.965		-859.3631	-103.9035

diff = mean(0) - mean(1) t = -2.5624

Ho: diff = 0 degrees of freedom = 49

Ha: diff < 0 Ha: diff != 0 Ha: diff > 0

Pr(T < t) = 0.0068 Pr(|T| > |t|) = 0.0135 Pr(T > t) = 0.9932

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE y de www.conflegal.com

Anexo 14. Comparación de medias con las soluciones extrajudiciales

```
. ttest solextrajud ; by ( competransferida )
```

Two-sample t test with equal variances

Group	Obs	Mean	Std. Err.	Std. Dev.	[95% Conf. Interval]	
0	15	148.0667	20.51584	79.45751	104.0646	192.0688
1	36	350.4167	73.2541	439.5246	201.7029	499.1304
combined	51	290.902	53.44337	381.662	183.5578	398.2461
diff		-202.35	114.902		-433.2542	28.55424

diff = mean(0) - mean(1) t = -1.7611

Ho: diff = 0 degrees of freedom = 49

Ha: diff < 0 Ha: diff != 0 Ha: diff > 0

Pr(T < t) = 0.0422 Pr(|T| > |t|) = 0.0845 Pr(T > t) = 0.9578

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE y del CGPJ.

Anexo 15. Comparación de medias con los sobreseimientos del artículo 27.4 LORPM

```
. test desis274 , by ( competransferida )
```

Two-sample t test with equal variances

Group	Obs	Mean	Std. Err.	Std. Dev.	[95% Conf. Interval]	
0	15	76.33333	11.98637	46.423	50.62513	102.0415
1	36	103.4722	18.393	110.358	66.13245	140.812
combined	51	95.4902	13.49264	96.35671	68.38944	122.591
diff		-27.13889	29.66049		-86.74388	32.4661

diff = mean(0) - mean(1) t = -0.9150
 Ho: diff = 0 degrees of freedom = 49

Ha: diff < 0 Ha: diff != 0 Ha: diff > 0
 Pr(T < t) = 0.1823 Pr(|T| > |t|) = 0.3647 Pr(T > t) = 0.8177

Fuente: elaboración propia con datos de las memorias de la FGE y de www.conflegal.com

Capítulo II

El abogado defensor del menor ante la Justicia restaurativa

LUCÍA BIELSA CASADO

Doctoranda. Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

Este trabajo aborda, desde la perspectiva del procedimiento de responsabilidad penal de menores, los elementos esenciales de la defensa. Profundiza en los mecanismos propios de la Justicia Restaurativa integrados en la L.O. 5/2000 y reflexiona sobre los diferentes roles que pueden ser adoptados por el letrado en la tarea de defender a los jóvenes que cometen infracciones.

Palabras clave: Justicia Restaurativa, abogado, menor infractor, reparación, reinserción.

1. LA LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN EL MARCO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La Justicia Restaurativa o Reparadora tiene su origen durante la década de los 70 en Estados Unidos y Canadá, como un movimiento que pretende conjugar las necesidades de víctima e infractor en el ámbito de la delincuencia juvenil.

A lo largo de la historia, diversas culturas han observado cómo las conductas inadecuadas por parte del individuo pueden constituir una perturbación para la comunidad en su conjunto, lo que tiene su reflejo en la forma de resolver los conflictos adoptada por ciertos grupos indígenas en todo el mundo. Estas prácticas constituyen el antecedente y a la vez, inspiran la actual concepción de la Justicia Restaurativa.

Su puesta en práctica busca enfatizar en el daño causado tanto a la víctima como a la comunidad, promoviendo la intervención de todos los agentes implicados en la resolución del conflicto a través de la conciliación. En último extremo, su prioridad pretende ser la reparación del desequilibrio creado, incluso por encima de la imposición de una sanción o pena.

Del análisis sociocultural actual se desprende la necesidad de una respuesta diferente por parte del sistema de justicia en relación a la comisión de infracciones, especialmente en aquellos casos en que el infractor sea menor de edad. En este sentido, los mecanismos tradicionales propios del sistema judicial pueden contribuir en numerosas ocasiones a la agudización del conflicto social, al carecer de capacidad suficiente para ahondar en el conflicto que subyace al propio litigio.

En la Unión Europea, diversos convenios y tratados internacionales relacionados con la justicia juvenil¹ fueron produciendo desde la década de los 80 un cambio progresivo en los sistemas de justicia de los países europeos en relación a la responsabilidad penal de menores, contribuyendo a la introducción de un nuevo modelo.

A través del nuevo modelo de responsabilidad, comienza a producirse el reforzamiento de la posición legal del menor y la justicia juvenil va acercándose cada vez más a la justicia penal de los adultos, al reconocer que aquel tiene los mismos derechos y garantías que éstos. Se trata de una visión garantista que aplica medidas de contenido eminentemente educativo, bajo la pretensión de “educar en la responsabilidad”².

En contraposición a la perspectiva retributiva propia de los sistemas de justicia tradicionales, la justicia restaurativa ofrece alternativas válidas, capaces de proporcionar un nuevo marco de resolución de conflictos.

Existen infinidad de programas de justicia restaurativa³, cuya intervención pretende complementar y no reemplazar el sistema de justicia penal existente. De entre ellos, cabe destacar la mediación penal.

En un sentido amplio, la mediación penal consiste en el método de resolución de los conflictos que, debidamente incorporado al proceso penal, atiende prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los agentes directamente afectados. Su objeto consiste en satisfacer, de modo efectivo, las necesidades puestas de manifiesto por aquellos, devolviéndoles una parte de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización de la persona infractora y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas a la víctima por la infracción penal⁴.

¹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores o “Reglas de Beijing”, de 1985; Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil o “Directrices de Riad”, de 1990; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 1990; N R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

² Art. 3.3.1 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea”.

³ DANDURAND Y., GRIFFITHS C. T., *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Austria, 2006, p. 13.

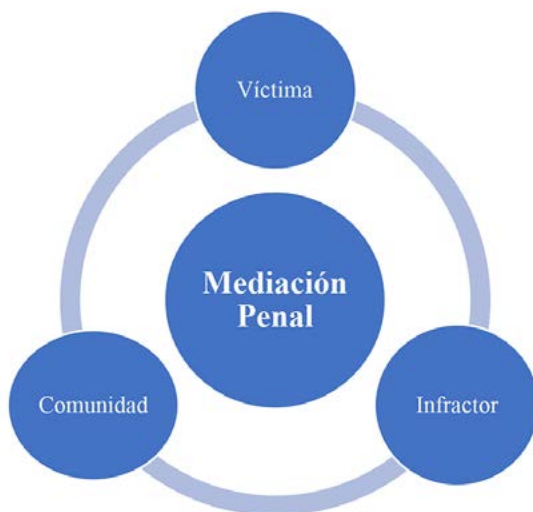
⁴ RIOS MARTÍN, J.C y OLALDE ALTAREJOS, A.J., “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, en *Revista de Mediación*, nº 8, España, 2011, p. 11.

Este instrumento se articula sobre tres pilares:

En primer lugar, el interés en la figura de la víctima como pieza clave en la resolución del conflicto. A través del acercamiento a sus necesidades, se logra reparar de un modo efectivo el daño generado como consecuencia de la comisión de un delito, algo que no puede tener cabida dentro de los mecanismos del sistema de justicia penal tradicional. Se ofrece a la víctima la oportunidad de ser escuchada, revalorizada y tenida en cuenta.

El segundo elemento esencial sobre el que se apoya la mediación penal consiste en brindar al infractor la oportunidad de responsabilizarse del daño que ha causado. De este modo, puede intervenir directamente en la reparación del desequilibrio causado por sus actos en beneficio de la víctima y de la comunidad en su conjunto, a través del arrepentimiento o incluso de la realización de determinadas actividades.

Por último y tratándose del ámbito penal de menores, existe un interés fundamental en ofrecer una respuesta educativa con el fin de prevenir la futura reincidencia⁵.



En España, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (en adelante LORPM), la práctica sistemática de la mediación en el ámbito de la justicia penal de menores ha logrado proporcionar nuevas formas de respuesta frente a las infracciones protagonizadas por éstos.

Con anterioridad a su introducción ya habían sido aplicados en nuestro país, de forma aislada o a través de programas específicos, ciertos mecanismos alternativos al procedimiento judicial. La Ley 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, ya regulaba, aunque sucintamente, la figura de la reparación.

⁵ ÁLVAREZ RAMOS, F., "Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores", en *Revista de Servicios Sociales Zerbitzuan*, nº 39, España, 2001, p. 19.

La Convención de los Derechos del Niño, texto de carácter vinculante al que la Exposición de Motivos de la LORPM hace expresa referencia, contempla la exigencia de mecanismos que, dentro del respeto de las garantías legales y los derechos humanos, permitan adoptar medidas contra el menor infractor ajenas al proceso judicial.

Debe hacerse especial hincapié en el hecho de que la desjudicialización en el ámbito de la justicia penal de menores alcanza relevancia por su capacidad educadora en relación al menor infractor, además de conjugar numerosos beneficios en favor de la víctima, del infractor e incluso de la Administración de Justicia y de la sociedad en general⁶.



Según el Manual de Naciones Unidas sobre Programas de Justicia Restaurativa⁷, la mediación ofrece tanto a la víctima del delito como al autor de la infracción una serie de oportunidades y ventajas que resultan inaccesibles al sistema de justicia penal tradicional:

Víctima	Ofensor
<ul style="list-style-type: none"> • Participar directamente en la solución de la situación creada por la infracción • Recibir respuestas a sus preguntas acerca de los hechos, directamente desde el ofensor • Establecer reglas de conducta preventivas de cara al futuro • Realización eficaz de su particular duelo • Alcanzar el cierre del conflicto 	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocer la responsabilidad sobre lo ocurrido • Conocer y comprender los efectos de la infracción en la víctima • Expresar sus emociones respecto de la ofensa • Recibir apoyo para reparar el daño causado a la víctima o a su familia • Compensar, restituir, reparar, disculparse o restaurar, cuando sea necesario, la relación con la víctima • Alcanzar el cierre del conflicto

⁶ GARCÍA PÉREZ, O., “La mediación en el sistema español de justicia penal de menores”, en *Revista de Criminología*, Colombia, 2011, p. 76.

⁷ DANDURAND Y. y GRIFFITHS C. T., *Manual sobre programas...*, op. cit., p. 12.

Por último, los diversos programas de justicia restaurativa pueden implementarse a modo de intervención a lo largo de cualquier etapa del proceso de justicia penal. Conforme se establece en el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de Naciones Unidas, hay cuatro momentos principales en que puede comenzar con éxito un proceso de justicia restaurativa:

- a) Antes de los cargos, cuando el infractor está a disposición de la policía.
- b) En el nivel del proceso judicial, antes de iniciar el proceso pero después de los cargos.
- c) En el nivel de tribunal, hasta la fase de pronunciamiento de la sentencia.
- d) A nivel de corrección, como alternativa al encarcelamiento, durante el encarcelamiento o a partir de la liberación de prisión.

1.1. Garantías y principios inspiradores del proceso penal de menores

La Exposición de Motivos de la LORPM proclama como principio fundamental en torno al cual se estructura el procedimiento, el Interés Superior del menor⁸.

A la hora de abordar el tratamiento penal del menor de acuerdo a este principio, la LORPM se proyecta en una doble vertiente.

Por un lado, la prioridad de la LORPM en la defensa del Interés Superior del menor consiste en sanar y conseguir su recuperación. Para ello se enfoca en el menor infractor y su entorno familiar y social. De este modo, se logra la aplicación de los mecanismos psicológicos y socioeducativos que resulten más adecuados a la hora de modificar las carencias o excesos que originaron las conductas anti sociales⁹. Logrando su recuperación puede evitarse en gran medida la reincidencia.

Lo anterior puede quedar complementado con medidas de índole sancionadora cuando así se desprenda de los informes emitidos por equipos profesionales que colaboran en el proceso, especializados en diversas ciencias no jurídicas.

Por otro lado, la LORPM regula la responsabilidad penal del menor desde la perspectiva del bien común. En este sentido, cualquier actuación en interés del menor lleva aparejada una serie de beneficios que repercuten a nivel social. Con la comisión de una infracción, el tejido social puede sufrir una ruptura. Sin embargo, cuando se logra recuperar al menor a través de los instrumentos educativos dispuestos por la LORPM, el entorno social en que desarrolla su vida se ve favorecido al haberse eliminado un elemento perturbador de la convivencia pacífica.

⁸ GERMÁN MANCEBO I. y OCÁRIZ PASSEVANT E., “Menores infractores / Menores víctimas: Hacia la ruptura del círculo victimal”, en *Eguzkilore* nº 23, España, 2009, p. 292.

⁹ BLANCO BAREA, J.A., “Responsabilidad penal del menor: Principios y Medidas Judiciales aplicables en el derecho penal español”, en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 8, España, 2008, p. 8.

Por tanto, el Interés Superior del menor se encuentra estrechamente vinculado con el interés social, de modo que, en la medida en que la LORPM se articula en base al primero, logra garantizar la convivencia y la paz social.

La naturaleza educativa de la LORPM es otro de sus elementos primordiales. Se trata de una singularidad que, más allá del carácter punitivo propio del ámbito penal, se centra en la figura del infractor menor de edad. En este sentido, la verdadera aportación de nuestro sistema de justicia juvenil va más allá de castigar al autor de la infracción para orientarse hacia la recuperación del individuo. El fin educativo se enfoca, una vez más, en dos vertientes.

Desde el punto de vista de la vertiente endógena, el proceso centra su enfoque en las circunstancias que llevaron al menor a delinquir. De este modo, se busca tratar las carencias educativas, especialmente en relación a la educación en valores, además de los problemas psicológicos y sociológicos del menor. Los esfuerzos en la recuperación del individuo repercuten también en su entorno directo familiar y social, y podrán influir positivamente en relación a las siguientes generaciones.

Por otro lado, desde el punto de vista de la vertiente social, los esfuerzos por reeducar y recuperar al menor suponen una serie de beneficios para el interés común. Al ofrecer herramientas y mecanismos nuevos al menor, más allá del castigo que en su caso pueda serle impuesto, se le da la oportunidad de recuperarse y reintegrarse en la sociedad, que a su vez supone un elemento perturbador menos desde la perspectiva de los bienes jurídicos a proteger y un motivo menos de preocupación para la seguridad pública¹⁰. También es un avance hacia una sociedad menos violenta y más respetuosa con su entorno.

Una de las garantías fundamentales en relación al procedimiento penal de menores es el derecho a la defensa, consagrada por el artículo 24 de la Constitución. El tratamiento del menor detenido o expedientado puede resultar especialmente delicado al carecer éste de plena capacidad de obrar como consecuencia de su minoría de edad.

En conexión con el derecho a la defensa, en los casos en que se produce detención, el menor tiene derecho a ser notificado e informado, a través de un lenguaje claro y preciso, del hecho que motivó tal circunstancia. Del mismo modo, sus representantes legales deben ser notificados del lugar de la custodia.

Una vez deba practicarse la declaración del menor, éste tiene derecho a prestar su declaración en presencia del titular de la patria potestad, y en caso de no ser posible, ante un Fiscal distinto del instructor¹¹. El menor tiene derecho a la asistencia letrada en todas las instancias policiales y procesales, y a la defensa en juicio¹².

¹⁰ Ídem.

¹¹ Art. 1.2 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

¹² El menor detenido tiene derecho a un letrado de oficio y a una asistencia jurídica gratuita en los términos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

El Principio de Flexibilidad inspira el proceso en relación a la aplicación de la LORPM por parte del Juez de Menores, al observar los factores relacionados con las circunstancias concretas del menor, como su estado psicosocial, su entorno social y familiar o su evolución y progreso, siempre sobre la base del cumplimiento de todas las garantías.

La flexibilidad se pone de manifiesto en dos sentidos. En primer lugar, a la hora de aplicar la ley, ya que para ello se otorga un primer plano al menor, su situación personal y familiar, además de todas las circunstancias concurrentes relacionadas con la comisión del delito. Por otro lado, en cuanto a la modificación de las medidas adoptadas o ejecutadas, existe la posibilidad de modificar la medida impuesta por la propia sentencia cuando la evolución del menor lo aconseje a la vista de su comportamiento, previos informes del equipo técnico, del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la entidad que ejecute la medida. Se trata de un elemento útil a la hora de animar al menor a desarrollar un buen comportamiento que le permita obtener medidas menos restrictivas y avanzar hacia su reinserción social.

Otro de los fundamentos inspiradores del procedimiento penal de menores es el Principio de Oportunidad. Se manifiesta como un instrumento a disposición del titular de la acción penal que, ante determinadas circunstancias, puede optar por renunciar al ejercicio de la acción.

Este principio se encuentra estrechamente vinculado al Interés Superior del menor. Tiene su expresión cuando al observar la comisión de una infracción de escasa gravedad, la inexistencia de antecedentes penales en la figura del infractor, el carácter excepcional de la denuncia u otros elementos similares, el Ministerio Fiscal opta por desistir del Expediente. Esta facultad de la Fiscalía se encuentra regulada en el artículo 18 de la LORPM y es un instrumento que permite poner fin al proceso judicial como consecuencia de la escasa relevancia de la infracción. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera derivarse.

El Principio de Intervención mínima, estrechamente ligado al anterior, es un principio general conforme al cual deberá recurrirse a la aplicación de la sanción penal únicamente como opción última, una vez se hayan agotado otras vías de protección.

En atención a los Principios de Oportunidad e Intervención Mínima puede entenderse la necesidad de que el sistema judicial proporcione diferentes respuestas a la hora de hacer frente a la responsabilidad penal. En el caso de nuestro sistema de justicia penal de menores, la LORPM ofrece ante determinadas circunstancias tasadas la posibilidad de acudir a la conciliación o la reparación del daño. Se trata de dos figuras reguladas en el artículo 19 de la LORPM a través de las cuales se materializan en nuestro sistema los mecanismos propios de la Justicia Restaurativa.

El Principio de Proporcionalidad se introduce en el procedimiento de menores desde un enfoque amplio. No sólo pretende que la medida que pueda ser impuesta

sea proporcional al daño real causado, sino que además tiene en consideración la edad del menor, su nivel de madurez, su estado psicológico, las circunstancias de su entorno familiar y social etc. De este modo el sistema penal de menores logra proporcionar una respuesta más adecuada y capaz de adaptarse a las necesidades del infractor de cara a su reeducación y reinserción.

El Principio Acusatorio se encuentra estrechamente relacionado con las actuaciones del Ministerio Fiscal. Su aplicación en el procedimiento de menores conlleva el respeto por parte del Juez de los límites fijados por la acusación, es decir, que el Juez de Menores no puede imponer una medida que suponga, bien una mayor restricción de derechos, bien una duración mayor a la solicitada por la Fiscalía o por la acusación particular, en su caso. Este extremo se encuentra regulado en el artículo 8 de la L.O. 5/2000.

Por tanto, este principio comprende un haz de garantías adicionales:

- No puede haber juicio sin una previa acusación.
- La acusación debe ser ejercitada por un órgano distinto al que ha de juzgar.
- Debe existir una correlación entre la acusación y la condena, de modo que el órgano judicial se pronuncie estrictamente sobre los términos del debate conforme fueron planteados en las pretensiones de la acusación y la defensa. No puede, en este sentido, condenar por hechos distintos de los que fueron objeto de la acusación ni calificarlos de forma que integren un delito más grave¹³.

Adicionalmente, el principio acusatorio comprende el derecho del detenido a ser informado de los hechos que se le imputan, las razones de su detención y los derechos que le asisten de forma inmediata y mediante un lenguaje claro y comprensible¹⁴.

En relación a este principio, establece el artículo 8 de la L.O. 5/2000: “El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular”.

A través de la L.O. 5/2000 se regula el sistema de responsabilidad de los menores infractores y más concretamente, las herramientas de mediación penal desde la perspectiva del respeto a las garantías más básicas consagradas en nuestro sistema de derecho.

Por un lado se reconocen de forma genérica tanto los derechos fundamentales como los derechos del niño haciendo la L.O. 5/2000 mención expresa al principio acusatorio, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el derecho del menor a un juez imparcial. El respeto a estos principios resulta fundamental a la hora de articular el sistema de justicia penal de menores desde la perspectiva de las garantías.

¹³ Sentencia nº 17/1988, de 16 de febrero, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988).

¹⁴ Art. 17 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Por último, la presunción de inocencia garantiza el derecho de toda persona a la que se imputa un hecho en un procedimiento penal a conservar la cualidad de inocente mientras su culpabilidad no sea demostrada. Se trata de un derecho fundamental regulado en el artículo 24.2 de la Constitución, además de considerarse uno de los “pilares” del Estado de Derecho¹⁵.

La inocencia ha de presumirse mientras la acusación, que tiene el peso de la prueba, no demuestre la responsabilidad penal en el seno de un proceso basado en el principio de contradicción. La culpabilidad del imputado sólo se desprende de la sentencia condenatoria firme.



Por último, el derecho a un juez imparcial queda regulado en el artículo 2 de la L.O. 5/2000 (además del ya citado artículo 24.2 de la Constitución), conforme al cual: “Los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de esta Ley, así como para hacer ejecutar sus sentencias, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto a la protección y reforma de los menores. Los jueces de Menores serán asimismo competentes para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley [...]”.

Conforme a este artículo, todos los españoles tienen derecho a un juez imparcial predeterminado por la ley, además de un proceso con todas las garantías.

En el procedimiento penal de menores, la potestad jurisdiccional corresponderá a un juez ordinario, magistrado y especializado en menores. Por ello se trata de un órgano jurisdiccional concreto y diferenciado del sistema penal de adultos.

¹⁵ BLANCO BAREA, J.A., “Responsabilidad penal del menor...”, op. cit., p. 8.

1.2. La mediación en el proceso penal de menores: la conciliación de la víctima y la reparación del daño

La mediación, entendida en términos generales y conforme establece la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, es un método de resolución de controversias alternativo al procedimiento judicial, al que pueden acudir de forma voluntaria las partes que se hayan visto afectadas por un determinado conflicto. Se trata de un proceso mediante el cual, a través del diálogo y con la intervención de un mediador, los propios implicados tratan de buscar una solución de acuerdo a sus necesidades.

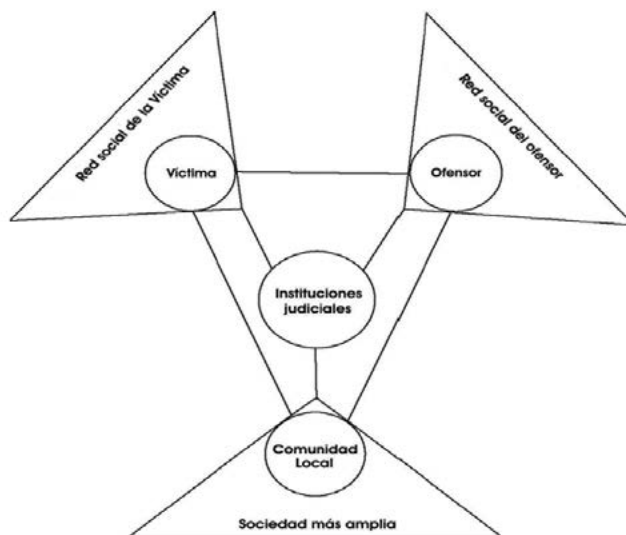
Sin embargo, la mediación penal se encuentra mucho más restringida que los ámbitos civil y mercantil, hasta el punto de que, en el caso de la legislación de adultos, esta posibilidad ni siquiera se contempla. A pesar de ello, los artículos 10 y 17 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal establece que: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...] Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...] Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006”.

Una de las particularidades propias de la mediación penal consiste en la necesaria participación de todas las personas implicadas, lo que significa que, además de víctima e infractor, y en su caso, sus representantes legales, se requiere del acuerdo del órgano judicial y del interés y participación de la Fiscalía o de otros agentes de apoyo, e incluso de miembros de la Comunidad.

A través de la mediación se busca resolver el conflicto derivado del delito, posibilitando que la víctima se sienta escuchada y comprendida y que el imputado asuma su responsabilidad personal y las consecuencias provocadas por sus actos. En última instancia procura lograr, en la medida de lo posible, la reparación de los daños materiales e inmateriales y el restablecimiento de las relaciones afectadas por la infracción. Por ello, la mediación penal no va encaminada tanto a llegar a un acuerdo como a que se pueda expresar el arrepentimiento y se asuma la responsabilidad por el daño causado.

Según Marshall¹⁶, a través de este proceso las personas que se han visto involucradas o poseen un interés particular en el delito, resuelven de manera colectiva el modo en que se va a lidiar tanto con las consecuencias inmediatas de este como con sus repercusiones de cara al futuro. Definió gráficamente lo anterior del siguiente modo:

¹⁶ MARSHALL, T. F., “*Restorative Justice: An Overview*”. Home Office Research Development and Statistics Directorate. Reino Unido, 1999, p. 5.



En definitiva, la naturaleza penal de la controversia conlleva la necesidad de atender no sólo el conflicto interpersonal entre víctima e infractor, sino también el conflicto social paralelo, donde deberán ser analizados los efectos de las soluciones planteadas en el seno del proceso de mediación¹⁷.

Según Chapman, en el proceso restaurativo las relaciones quedarían configuradas de conformidad con el modelo de la página siguiente¹⁸.

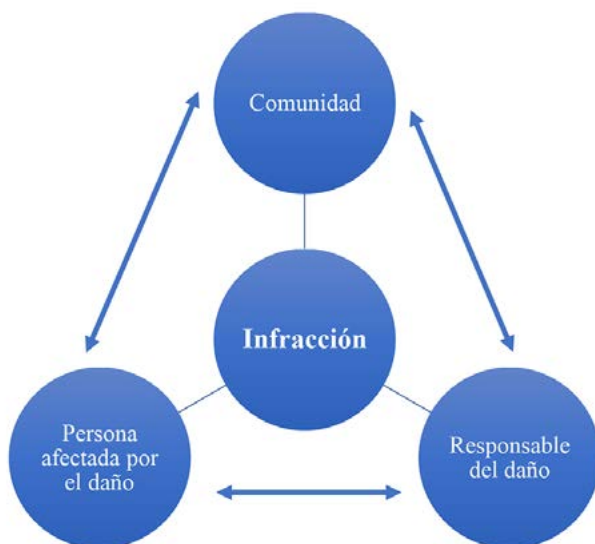
De acuerdo a lo manifestado por el Consejo General del poder Judicial¹⁹, el proceso de mediación penal persigue los siguientes fines:

- Responsabilización del infractor.
- Efectiva protección de la víctima a través de la reparación del daño causado por el delito o su disminución.
- Conocimiento y entendimiento de las causas reales y consecuencias del conflicto, buscando la fórmula más idónea para satisfacer las necesidades personales de víctima e infractor.
- Búsqueda de una normalización en la vida de la víctima, procurando los medios posibles para ello.

¹⁷ CRUZ MÁRQUEZ, B., “La Mediación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 7, España, 2005, p. 15.

¹⁸ CHAPMAN, T., “*European research on restorative juvenile justice*”, Vol. II, Bruselas, 2015, p. 24.

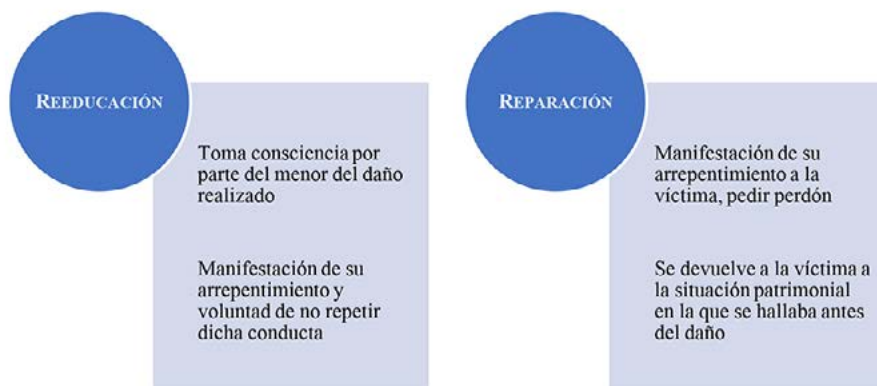
¹⁹ Página web del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion/Juzgados-que-ofrecen-mediacion-Penal/relacionados/la-mediacion-en-el-proceso-penal>



- Restablecimiento de la convivencia y el diálogo comunitario.
- Se devuelve el protagonismo a la sociedad civil.

En relación al procedimiento de responsabilidad penal de menores, la LORPM prevé de forma expresa la reparación del daño, posibilidad que implica la finalización del expediente.

Puesto que el principio inspirador de este cuerpo normativo es precisamente la reeducación y la reinserción del infractor, tras un proceso de mediación en cuyo contexto se haya logrado dicha reeducación, la continuación del procedimiento judicial carece de sentido²⁰:



²⁰ GONZÁLEZ PILLADO, E; SOLETO MUÑOZ, H., VV.AA., *Proceso Penal de Menores*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 63.

El artículo 19 de la LORPM prevé la posibilidad de que el proceso se archive por “conciliación” o “reparación”, figuras que suelen materializarse a través de un proceso de mediación. La primera se centra en la resolución del conflicto a través del reconocimiento del daño y la petición de disculpas por parte del menor infractor.

En la Exposición de Motivos de la LORPM se establece que la conciliación tiene por objeto la satisfacción psicológica de la víctima. Ésta se produce cuando el menor infractor, como consecuencia del arrepentimiento por el daño causado, está dispuesto a disculparse ante la víctima, quien acepta u otorga el perdón.

La reparación va más allá de la satisfacción psicológica de la víctima, al adquirir el infractor un compromiso de reparar el daño causado. Se busca la satisfacción del perjudicado a través de la realización por el infractor de determinadas actividades en beneficio de la propia víctima o de la comunidad, plasmadas en el acuerdo de reparación. Se trata de una compensación simbólica con la que se logra la satisfacción psicoemocional de la víctima.

La celebración de un proceso de mediación es el método más habitual a la hora de lograr los objetivos perseguidos por ambas figuras. A través de la asistencia del mediador se busca alcanzar soluciones que, en el caso de la conciliación, residen en factores de tipo psicológico o moral y en el de la reparación, en cambio, en el contenido material del acuerdo²¹.

A través del recurso a las posibilidades de mediación que ofrece la LORPM, la víctima adquiere un tratamiento diferente al que recibiría a lo largo del proceso penal. De este modo se le otorga un papel fundamental en la resolución del conflicto, pasando sus necesidades a un primer plano de una forma que en ningún caso podría contemplarse en la resolución judicial del litigio.

En definitiva, se concede un espacio específico para la atención directa del conflicto interpersonal, sin olvidar los efectos a nivel social originados por el delito.

Del mismo modo, esta vía puede contribuir a mitigar o incluso eliminar los efectos desfavorables que puede sufrir el menor infractor a lo largo de un proceso penal.

En el momento en que se imputa una infracción a un joven, éste se va a ver perjudicado los efectos de la estigmatización individual o social, además de las consecuencias intrínsecas del sometimiento a un proceso judicial. Acudir a mediación puede resultar menos lesivo para el menor en determinados casos²².

Al mismo tiempo se abre la oportunidad de reeducar al infractor, lo que genera interesantes efectos en cuanto a la eficacia de la justicia de menores y la prevención de la reincidencia.

Por último, la mediación penal abre una nueva senda para la tramitación de los asuntos que antes eran canalizados de forma exclusiva por los Juzgados de Menores.

²¹ CRUZ MÁRQUEZ, B., “La Mediación en...”, op. cit., p. 2.

²² GARCÍA-PÉREZ, O., “La mediación en el sistema español de justicia penal de menores”, en *Revista de Criminología* vol. 53, nº 2, Bogotá, 2011, p. 73.

Esto repercute de forma positiva en la saturación del sistema judicial, al descargarlo de los casos que puedan considerarse menos relevantes o susceptibles de mediación de conformidad con los requisitos legalmente establecidos.

En conclusión, nos encontramos ante una herramienta de gran potencial desde el punto de vista educativo. A través de las figuras de la conciliación y la reparación se busca lograr la toma de consciencia del menor que ha infringido un precepto penal, de modo que su recuperación e integración social resulten posibles a través del reconocimiento del daño, del arrepentimiento e incluso de la realización de actividades orientadas a la reparación.

1.2.1. Conciliación y reparación: momento procesal

El procedimiento de responsabilidad penal de menores puede comenzar a través de diversos cauces. Puede iniciarse de oficio o previa denuncia por parte de un particular o por las fuerzas del orden público²³.

En determinados casos se produce también a detención policial, para lo que existe un protocolo de actuación orientado a asegurar de forma efectiva la protección integral de los menores²⁴. Con la detención, el menor se encuentra obligado a prestar declaración, actuación que no podrá llevarse a efecto sin la presencia de su abogado y de quienes ejerzan la patria potestad, guarda o tutela sobre él²⁵.

La denuncia o, en su caso, la detención del menor, son inmediatamente puestas en conocimiento de la Fiscalía de Menores, que tiene las siguientes opciones:

a) Desistir o archivar

- Desistimiento por edad
- Desistimiento por desconocimiento del autor
- Archivo por no ser los hechos denunciados constitutivos de delito
- Archivo por escasa gravedad del delito (art. 18 LORPM)

b) Incoar el Expediente de Reforma

- Inicio de la Instrucción

c) Sometimiento a solución extrajudicial

- Celebración de conciliación o reparación
- Solicitud de sobreseimiento al Juez de Menores en caso de solución satisfactoria

²³ AYLON, J., VV.AA., *Ejercicio profesional de la Abogacía*. Memento Práctico 2016 – 2017 del ICAM, España: Francis Lefebvre, 2016, pp. 501 y ss.

²⁴ Instrucción nº 1/2017, de 24 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores”.

²⁵ Artículo 3 del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El procedimiento judicial se inicia a partir de la incoación del Expediente de reforma por parte del Ministerio Fiscal, abriéndose paso la fase de instrucción.

La finalidad de esta primera etapa del procedimiento consiste en el desarrollo de las Diligencias de Investigación, conjunto de actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal con el fin de valorar la participación del menor y, en su caso, concretar las medidas de contenido educativo y sancionador u otras vías de resolución que será aplicadas de acuerdo al interés superior del mismo. Por ello, en último término, la instrucción se encuentra orientada a determinar y delimitar la responsabilidad del menor infractor.

En el desarrollo de estas diligencias el Ministerio Fiscal debe tener en consideración las circunstancias particulares del presunto autor de la infracción, primando en todo momento el interés superior del menor.

Para ello cuenta con la colaboración especializada del Equipo Técnico al que puede requerir que emita un informe analizando y proponiendo, de acuerdo a las circunstancias del menor, la conveniencia de una intervención socio-educativa, de actividades de conciliación, reparación, o la continuación de la tramitación del procedimiento. El Equipo Técnico es un instrumento multidisciplinar fundamental a la hora de valorar la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor y proponer las respuestas más adecuadas en atención a esta situación.

En relación a las vías de resolución extrajudicial del artículo 19 LORPM, es el Ministerio Fiscal quien, de oficio o a instancia del letrado defensor del menor, puede observar la conveniencia de su celebración antes de la Audiencia con el Juez de Menores y en base a las circunstancias específicas del caso. Para ello podrá solicitar informe del Equipo Técnico que respalde su decisión de acudir a la conciliación o la reparación en esta fase del procedimiento.

El artículo 19 LORPM regula la posibilidad de sobreseimiento del Expediente de Reforma por conciliación o reparación entre el menor y la víctima:

- “1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.
El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.
2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo

ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.
4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.
5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.
6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores”.

La fase de instrucción puede finalizar con dos posibles alternativas:



El desistimiento del proceso podrá producirse ante casos de delitos leves o menos graves en los que no hubiera mediado violencia o intimidación, en atención a los resultados satisfactorios obtenidos en actividades de conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

En el resto de casos, se concluye el Expediente de Reforma y es remitido al Juez de Menores junto con las alegaciones del Ministerio Fiscal proponiendo medidas o solicitando el sobreseimiento.

A continuación se abre la fase de audiencia en la que, además del menor imputado y la acusación particular, intervienen Juez, Fiscal, un representante del Equipo Técnico y un representante de la entidad pública de protección o reforma de menores.

En caso de que el procedimiento judicial continúe con su tramitación, deberá celebrarse una audiencia ante el Juez de Menores. Éste dictará sentencia, que en caso

de ser condenatoria, en su fallo deberá especificar la medida o medidas en régimen de internamiento o medio abierto que serán aplicadas al menor.

Más adelante, ya en la fase de ejecución, el Juez de Menores podrá retirar la medida impuesta como consecuencia de la celebración de una conciliación finalizada con acuerdo favorable entre la víctima y el menor. Podrá hacerlo a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia del Equipo Técnico y de la entidad pública de protección de menores cuando se considere que la conciliación, unida al tiempo de duración de la medida, por sí constituyen reproche suficiente por los hechos cometidos.

Esta alternativa para la fase de ejecución de medidas, a pesar de encontrarse contemplada en el artículo 50.3 LORPM, no es aplicada con frecuencia a nivel práctico.

1.2.2. Garantías y riesgos de la mediación en el sistema penal de menores

De acuerdo al Manual sobre programas de Justicia Restaurativa desarrollado en 2006 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la mediación penal tiene por objeto crear un espacio comunicativo no adversarial ni amenazante donde los intereses y necesidades de la víctima, la persona ofensora, la comunidad y la sociedad puedan satisfacerse²⁶.

En este sentido, se entiende que todo proceso de mediación posee un carácter informal y flexible en contraposición al propio del entorno judicial. Sin embargo, este extremo no debe implicar que las figuras de la conciliación y la reparación integradas por la LORPM puedan vulnerar las garantías esenciales del sistema de justicia penal. Precisamente, el proceso de mediación penal debe contribuir a la preservación de todas las garantías plasmadas en la ley.

Por un lado, el artículo 19. 1 LORPM delimita el nivel de gravedad que debe revestir el delito para ser susceptible de mediación penal. Ante las circunstancias referidas en este precepto, es decir, ante casos de perpetración por menores de un delito menos grave o falta sin que haya mediado violencia o intimidación, tendrá el Ministerio Fiscal la competencia exclusiva para observar la necesidad de acudir a un proceso de mediación. Sólo entonces la Fiscalía podrá solicitar el sobreseimiento del expediente ante Juez de Menores, previa celebración de un proceso de mediación con resultado satisfactorio.

CRUZ MÁRQUEZ plantea la duda sobre si las actuaciones del Ministerio Fiscal a lo largo de la fase de instrucción pueden garantizar de forma efectiva el mantenimiento de las garantías básicas: “Ahora bien, la decisión final de este último acerca del reconocimiento de efectos desjudicializadores al proceso de mediación no es suficiente para

²⁶ RÍOS MARTÍN, J.C y OLALDE ALTAREJOS, A.J., “Justicia restaurativa y mediación...”, op. cit., p. 11.

asegurar el mantenimiento de las garantías penales básicas durante el inicio y posterior desarrollo de dicho proceso”²⁷.

Otra de las cuestiones a tener en consideración en relación a los posibles riesgos de acudir a un proceso de mediación se refiere a la declaración de responsabilidad penal del propio menor y los efectos que la misma puede desplegar en relación al procedimiento judicial.

Una vez celebrada la conciliación o reparación, si el Ministerio Fiscal considera que finalizó con un resultado suficientemente satisfactorio —esto es, en la mayoría de los casos, la asunción de responsabilidad por parte del infractor—, podrá instar el sobreseimiento del procedimiento judicial.

La ley prevé también la posibilidad de que, ya en la fase de ejecución de medidas, el Juez de Menores pueda dejar sin efecto la medida que en su caso estuviera siendo aplicada. Se trata de una alternativa que a nivel práctico parece ser eludida por los Juzgados de Menores y se da con poca frecuencia. Establece en el artículo 50.2 LORPM al respecto que, al producirse la conciliación del menor con la víctima resultando de la misma un acuerdo favorable, el Juez podrá retirar las medidas cuando considere que su aplicación se ha producido durante un período de tiempo suficiente para transmitir el reproche que merece la infracción cometida.

La cuestión fundamental pasa por preguntarnos si a través de la puesta en práctica de estas figuras cabe el riesgo de incurrir en posibles desviaciones respecto de los valores promovidos por el modelo teórico.

En primer lugar, al acudir a un proceso de mediación penal donde el presunto infractor es menor de edad, el mantenimiento del Principio de Presunción de Inocencia puede verse debilitado. En el proceso de mediación participan la víctima que afirma la culpabilidad del menor y el propio menor al que se acusa de la comisión de una infracción. Ambos agentes interactúan en un proceso de negociación en el que las actuaciones del mediador deben tender a garantizar que en ningún caso se presuponga la autoría sin la previa asunción de responsabilidad por parte de su autor. De otro modo podría ser vulnerada la presunción de inocencia, principio que ha de prevalecer en todo procedimiento penal.

Por ello, el elemento de la conformidad del menor infractor a la hora de acudir a un proceso de mediación penal no puede ser entendido como una confirmación acerca de la comisión del hecho delictivo. Se trataría, en todo caso, de una manifestación de su voluntad de llegar a un entendimiento y aclarar los términos de su participación en los hechos, lo que no puede entenderse bajo ningún concepto con una confesión formal. Para ello resulta fundamental la previa verificación de todos los hechos admitidos por el menor.

²⁷ CRUZ MARQUEZ, B., “La Mediación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, 2005, p. 2.

Por otro lado, puede presentarse la circunstancia de que el menor, efectivamente inocente, sea acusado de haber cometido una infracción y, ante la amenaza de verse sometido a un procedimiento judicial decida acudir al proceso de mediación. Asumiendo la responsabilidad sobre la acusación podría verse beneficiado, ya que de este modo lograría el sobreseimiento del proceso.

Otro elemento debilitador de las garantías del proceso consiste en la exención del Equipo Técnico a la hora de emitir su informe. Esta circunstancia puede darse cuando el Ministerio Fiscal observa por sí mismo la idoneidad de acudir a mediación. La labor del Equipo Técnico en la comprobación de la efectiva culpabilidad del menor adquiere en este ámbito especial relevancia ya que debe informar sobre la conveniencia de iniciar un proceso de mediación en base a la capacidad y disposición para intervenir en el proceso por parte del menor.

Otros elementos de riesgo pueden ser una excesiva celeridad a la hora de tratar de alcanzar acuerdos en mediación. En todo caso, el acuerdo habrá de respetar el Principio de Proporcionalidad en relación a la gravedad de la infracción.

En un sentido más amplio, existe el riesgo de que la mediación pueda quedar anclada en un carácter instrumental y sea reducida a una formalidad burocrática donde primen criterios pragmáticos. Esto dependerá de la óptica de quien se acerque a esta herramienta:

- Cuando los propios poderes públicos ven la mediación como una vía para canalizar trabajo y evitar dilaciones y retrasos.
- Cuando es empleada por la víctima como un instrumento para negociar más ventajosamente u obtener una mayor indemnización.
- Cuando el infractor acude a ella con el fin de obtener una rebaja en la pena sin elevados costes.

En definitiva, la aplicación práctica de las herramientas de mediación debe quedar sometida a una permanente revisión crítica con el fin de evitar desviaciones respecto de los valores que promueve el modelo teórico que la fundamenta, la justicia restaurativa²⁸.

1.2.3. El proceso de mediación

El procedimiento de mediación se encuentra regulado, de forma superficial, en el artículo 5 del Reglamento.

El proceso se inicia una vez el Ministerio Fiscal aprecia la posibilidad de acudir a esta vía, ya sea de oficio o a instancia del letrado defensor. Para ello, podrá solicitar al

²⁸ RÍOS MARTÍN, J.C y OLALDE ALTAREJOS, A.J., “Justicia restaurativa y mediación...”, op. cit., p. 11.

Equipo Técnico que se pronuncie sobre la conveniencia de acudir a mediación a la vista de las circunstancias específicas del menor.

La apertura de un proceso de este tipo depende, en gran medida, del momento en que las partes son conscientes de su oportunidad. Por ello, una buena comunicación entre la Fiscalía y los Equipos Técnicos puede resultar de gran ayuda de cara a plantear esta alternativa con la mayor prontitud²⁹. Si el Ministerio Fiscal, oídas las recomendaciones emitidas por parte del Equipo Técnico, considera conveniente la derivación del expediente a mediación, citará al menor, a sus representantes legales y a su abogado con el fin de mantener una reunión en la que les serán expuestas, por parte del Equipo Técnico o la entidad pública de protección de menores en cuestión, las características y especialidades de la conciliación y la reparación.

El letrado del menor deberá comparecer en esta reunión con el fin de asesorar a su representado acerca de la conveniencia de iniciar un proceso de mediación o, por el contrario, continuar con la tramitación del procedimiento judicial.

La presencia de los representantes legales es fundamental ya que no sólo deberán prestar su conformidad en el caso de que el menor desee acudir a mediación, sino que además su opinión será tenida en consideración por el Equipo Técnico o la entidad pública de protección de menores. Si éstos manifestasen su negativa, directamente no podría acudirse a esta vía.

En caso de oposición al inicio de la mediación, ya sea por parte del menor o por sus representantes legales, el Equipo Técnico deberá informar de ello al Ministerio Fiscal, que continuará con la tramitación de la instrucción.

De forma paralela, se convocará a la víctima del daño a una reunión de la misma naturaleza en la que será informada acerca del funcionamiento de la mediación, sus limitaciones y ventajas.

Durante esta fase inicial comienza a darse una aproximación entre el mediador y las partes, permitiendo al primero la obtención de información esencial para la comprensión de la situación, sus dificultades y los aspectos que deberán potenciarse.

Tras la manifestación de conformidad, el Equipo Técnico citará al menor y a la víctima, siendo a partir de este momento cuando comienza la mediación propiamente dicha:

- Pudiendo celebrarse uno o varios encuentros en los que se concreten los acuerdos de conciliación o reparación.
- A petición de la víctima, podrá no celebrarse encuentro con el menor, pudiendo darse la conciliación o reparación por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos.
- Cuando no sea posible la conciliación o reparación directa o social, o cuando se considere más adecuado en base al interés del menor, el Equipo Técnico

²⁹ CRUZ MARQUEZ, B., “La Mediación en la Ley...”, op. cit., p. 39.

propondrá la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Por tanto, el propio Reglamento en su artículo 5 d) contempla la posibilidad de que la conciliación pueda desarrollarse tanto en una sesión conjunta a petición de la víctima, como la alternativa de que ni siquiera se intente.

Finalizado el proceso de mediación, los resultados deberán ser puestos en conocimiento del ministerio Fiscal:

- El conjunto de acuerdos alcanzados y su grado de cumplimiento.
- Los motivos que impidieron alcanzar un acuerdo o por los que se incumplieron los compromisos alcanzados. Si estos motivos se dan por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción solicitando al Juez de Menores el sobreseimiento del procedimiento³⁰.

A modo de resumen, la conciliación y la reparación se desarrollan a través de un proceso de mediación conforme al siguiente cuadro:

1.	<ul style="list-style-type: none"> • El Ministerio Fiscal observa de oficio o a instancia del letrado defensor del menor, la posibilidad de acudir a un proceso de mediación. • Solicita al Equipo Técnico la elaboración de un informe para conocer la conveniencia de esta opción.
2.	<ul style="list-style-type: none"> • El Equipo Técnico se entrevista con el menor, sus representantes legales y su abogado con el fin de informarles sobre el proceso de mediación y sus posibilidades • Se solicita el consentimiento del menor y sus representantes en caso de estar interesados en acudir a esta vía.
3.	<ul style="list-style-type: none"> • Una vez obtenido el consentimiento del menor infractor para acudir a un proceso de mediación, el Equipo Técnico mantiene una entrevista con la víctima.
4.	<ul style="list-style-type: none"> • Se procede a la celebración de una reunión de forma conjunta, donde se contemplan las posibilidades relativas a la conciliación y la reparación.
5.	<ul style="list-style-type: none"> • El Equipo Técnico comunica al Ministerio Fiscal los resultados del proceso de mediación, los acuerdos logrados, en su caso, o los motivos por los que no fue posible llevar a cabo la mediación.

1.3. La intervención del Ministerio Fiscal

De conformidad con las manifestaciones de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, tras la revisión de diversos procesos restaurativos y su regulación normativa en varios países se concluyó que los fiscales son considerados “los principales guardianes de los programas restaurativos”³¹.

³⁰ Artículo 19.4 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

³¹ DANDURAND Y. y GRIFFITHS C. T., *Manual sobre programas...*, op. cit., p. 63.

En la mayoría de las jurisdicciones, el Ministerio Fiscal ejerce una facultad discrecional considerable incluso en casos de ausencia de legislación a la hora de determinar qué casos son susceptibles de acudir a un proceso de este tipo.

En España, la LORPM atribuye de forma exclusiva al Ministerio Fiscal el ejercicio del principio de oportunidad, habilitándole para solicitar el sobreseimiento del proceso penal en virtud de lo establecido en su artículo 19. De este modo se abre la posibilidad de optar, ante determinados supuestos, por vías desjudicializadoras como pueden ser la conciliación, la reparación extrajudicial de la víctima o la realización de actividades educativas.

En definitiva, en su tarea de proceder a la delimitación de la responsabilidad penal del menor, puede presentarse ante el Ministerio Fiscal un determinado contexto que encaje dentro de los límites legalmente previstos y susceptibles de conciliación o reparación. Ante tal circunstancia, decidirá si resulta pertinente la aplicación de los mecanismos alternativos al procedimiento judicial. Por tanto, dentro de los límites del artículo 19.1 LORPM, el Ministerio Fiscal decide acerca de los efectos procesales de estos mecanismos solicitando al Juez de Menores el sobreseimiento del Expediente³².

Sin embargo, es el Juez de Menores quien en este momento procesal permanece al margen por carecer de facultades instructoras. Por tanto, las alternativas de conciliación y reparación pueden acordarse sin iniciativa o intervención del Juez cuando son desarrolladas durante la instrucción, que a efectos prácticos resulta ser la mayoría de las ocasiones dada la escasa aplicación del artículo 51.3 relativo a la fase de ejecución de medidas. El control jurisdiccional sobre el proceso de mediación entra en juego una vez se ha celebrado la conciliación o reparación de forma satisfactoria y sus resultados han sido remitidos al Juez de Menores junto con la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Fiscal.

Llegados a este punto, el Juez de Menores únicamente actúa como mero garante, ya que sólo puede verificar que han sido observados por la Fiscalía los presupuestos legales del artículo 19.1 LORPM: debe comprobar que se trata de un delito leve o menos grave, sin violencia o intimidación graves así como los resultados satisfactorios de las medidas reparadoras desarrolladas. De ser así, sólo cabría dictar auto acordando el archivo del proceso, pudiendo únicamente rechazar el sobreseimiento cuando se observe que no concurren los mencionados presupuestos del artículo 19.1 LORPM.

De forma excepcional, el Juez de Menores debe intervenir en la aprobación del acuerdo de conciliación o reparación cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz, aprobación que ha sido objeto de numerosas críticas, especialmente desde la Fiscalía en sus Memorias Anuales:

- La defensa de los menores e incapaces es una competencia que incumbe al Ministerio Fiscal de forma estatutaria por lo que carece de sentido el otorga-

³² CRUZ MÁRQUEZ, B., "La Mediación en la ley...", op. cit., p. 2.

miento de esta facultad al Juez que es ajeno a esta fase del procedimiento. La Fiscalía considera que incumbe únicamente al Ministerio Fiscal el desarrollo e impulso de las soluciones extrajudiciales.

- Existe cierta contradicción en el hecho de atribuir una capacidad mayor al infractor que a la víctima, ambos menores. En este sentido, al infractor se le confiere plena capacidad procesal para actuar en la solución extrajudicial por sí mismo y sin necesidad de autorización judicial. Siempre que intervenga debidamente asistido por su letrado³³.
- Por último y desde el punto de vista práctico, la Fiscalía considera que la autorización judicial previa constituye un trámite adicional que tiende a ralentizar el procedimiento judicial. La celeridad de las actuaciones debe ser un elemento esencial en el procedimiento de menores.

Uno de los elementos más llamativos del procedimiento de menores es el hecho de que la competencia en materia de instrucción corresponda al Ministerio Fiscal y no al Juez de Instrucción, como ocurre en el procedimiento penal de adultos.

En este sentido, la Fiscalía debe defender los derechos que las leyes reconocen a los menores y velar para que todas las actuaciones que se desarrollen sean realizadas en su interés, bajo la observancia de las garantías del procedimiento, competencia que le es propia en todos los ámbitos y no exclusivamente en el procedimiento penal de menores.

De conformidad con lo establecido en el artículo 8 LORPM, el procedimiento de menores queda sometido al Principio acusatorio incluido entre las garantías sustanciales del proceso penal. Este principio supone que en el procedimiento debe haber una parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, función que queda atribuida al Ministerio Fiscal. A su vez, esta parte acusadora es distinta e independiente del Juez de Menores el cual queda al margen de la instrucción.

La Fiscalía de Menores será inmediatamente informada de los casos de presunta comisión de delitos por menores y decidirá sobre la admisión a trámite de la denuncia. Tras comprobar tanto la edad del menor como el carácter presuntamente delictivo de los hechos, así como la información sobre su presunta participación, tomará declaración al menor. A continuación y si procediere, solicitará al Juez de Menores las medidas cautelares que considere más oportunas.

A modo de resumen, las competencias del Ministerio Fiscal a lo largo de la fase de instrucción pueden enumerarse en la siguiente lista:

³³ Artículo 5.1 b) y 2 del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

a) Actividades en defensa de los derechos de menores

- Defensa de los derechos de los menores (art. 6 LORPM)
- Vigilancia de las actuaciones en interés de los menores (art. 6 LORPM)

b) Incoación del Expediente

- Dirección de la investigación de los hechos (art. 6 LORPM)
- Dirección de la policía judicial en la investigación (art. 6 LORPM)
- Impulso del procedimiento (art. 6 LORPM)
- Incoación del Expediente (art. 16 LORPM)
- Presencia en la toma de declaración del menor (art. 17 LORPM)
- Decisión sobre la incoación del Expediente (art. 16, 17, 18 LORPM)
- Solicitud de adopción de medidas preventivas (art. 28 LORPM)
- Desistimiento por corrección en el ámbito educativo o familiar (art. 18 LORPM)
- Sobreseimiento por conciliación o reparación (art. 19 LORPM)
- Decisión sobre la admisión de diligencias solicitadas por las partes (art. 26 LORPM)
- Práctica de diligencias no restrictivas de derechos fundamentales (art. 23 LORPM)

Cabe recalcar que las únicas limitaciones que encuentra la Fiscalía en la fase de instrucción son dos:

- La adopción de medidas cautelares de conformidad con lo establecido en el artículo 28 LORPM.
- La necesaria autorización por el Juez de Menores de la práctica de diligencias de investigación que supongan la restricción de derechos fundamentales, conforme establece el artículo 23.3 LORPM.

Otro de los elementos clave del procedimiento penal de menores consiste en la redacción de un informe multidisciplinar confeccionado por el Equipo Técnico de la Fiscalía, a solicitud del Fiscal de Menores. Este informe será incluido en el escrito de alegaciones que el Ministerio Fiscal redacta a través del cual se propone al Juez de Menores la medida o medidas más adecuadas para la rehabilitación y reinserción del menor. De tal modo se trata de garantizar que la decisión judicial sobre la norma a aplicar es la más beneficiosa para el menor.

Durante la fase de ejecución, las competencias del Ministerio Fiscal son prácticamente análogas a las correspondientes al enjuiciamiento penal en adultos, con algunas especialidades específicas del ámbito de menores³⁴.

1.4. La intervención del equipo técnico

La LORPM establece que las Fiscalías y Juzgados de Menores habrán de contar

³⁴ GONZÁLEZ PILLADO, E; SOLETO MUÑOZ, H., VV.AA., *Proceso Penal de Menores...* op. cit., p. 52.

con al menos un Equipo Técnico compuesto por tres especialistas: psicólogo, trabajador social y educador.

Su actividad puede clasificarse en tres ámbitos:

- Asistencia al menor en el ámbito de la reeducación y la reparación en función de sus necesidades psicosociales.
- Realización de funciones de mediación entre infractor y víctima.
- Redacción de informes preceptivos en relación a las circunstancias del menor.

Dentro del equipo, cada especialista está dedicado a unas funciones específicas:

- El trabajador social se encargará de la evaluación del ámbito social del menor. Para ello debe estudiar y analizar las circunstancias familiares, sanitarias, de drogodependencia, vivienda, circunstancias socioeconómicas, penales, judiciales, relacionadas con los servicios sociales, etc.
- El psicólogo analizará la situación de salud psicológica del menor, así como de las personas más relevantes en su ámbito familiar y social.
- Por último, el educador se centrará en las propuestas aplicables al menor sobre la base de sus necesidades personales y desde la perspectiva de la reeducación y reintegración.

Una de las funciones más relevantes del Equipo Técnico consiste en la elaboración de un informe pericial en relación a la situación psicológica del menor. Este documento, que pasará a formar parte del Expediente elaborado por la Fiscalía, es de gran relevancia por ser el único que recoge el contexto psicosocial en el que se ha producido la infracción. Por lo tanto, cuando sea requerido por parte del Ministerio Fiscal en las diligencias que debe desarrollar durante la fase de instrucción, el Equipo Técnico deberá elaborar un informe con la finalidad de:

- Analizar y valorar la situación psicológica, educativa, familiar así como la relacionada con el entorno social del menor infractor, además de cualquier otra circunstancia que pueda resultar relevante.
- Proponer las respuestas que puedan resultar más convenientes en atención a la situación del infractor:
 - Necesidad de una intervención socio-educativa sobre el menor.
 - Conveniencia de realizar actividades de conciliación o reparadoras en atención al interés superior del menor.
 - Conveniencia de continuar con la tramitación judicial del procedimiento.

El Equipo Técnico podrá pronunciarse sobre la conveniencia de iniciar un procedimiento de mediación en los anteriores términos, además de aquello que resulte necesario para la delimitación de la responsabilidad del menor. En su caso, podrá ser requerido a fin de analizar la capacidad de culpabilidad del menor, análisis que deberá ser realizado de forma separada³⁵. Además de su participación en la elaboración del informe en relación a la situación del menor, en caso de que el procedimiento judicial se desarrolle hasta el final, el Equipo Técnico se encargará de la defensa oral del menor durante la fase de audiencia. Finalmente, deberá participar en el seguimiento del cumplimiento de la medida impuesta así como de la evolución del menor³⁶. Para el desempeño de todas sus funciones, debe existir una previa coordinación con los miembros de los equipos responsables de las ejecuciones en el ámbito de cada Comunidad Autónoma.

1.5. La intervención del mediador

Las personas que realizan la mediación son miembros de los Equipos Técnicos, de acuerdo a lo establecido en la LORPM.

Sin embargo, a nivel práctico, el Reglamento permite que en ciertas circunstancias sean otras personas quienes puedan llevarla a cabo. Se trata, generalmente, de entidades que colaboran con la Fiscalía o los Juzgados de Menores³⁷, como empresas que prestan servicios de mediación, universidades, organizaciones no gubernamentales, etc. u otros organismos competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

La figura del mediador contribuye a garantizar la materialización de una serie de elementos en el contexto de cualquier conflicto, sea o no de naturaleza penal.

En primer lugar, su intervención tiene la finalidad de facilitar y gestionar de forma satisfactoria los procesos de comunicación entre las partes implicadas en un determinado conflicto.

Debe, por tanto, garantizar los tiempos dedicados a la escucha y entendimiento del otro, así como a la expresión y manifestación de peticiones, inquietudes, emociones, sentimientos etc. de cada parte. Para ello, debe guiarse por criterios de neutralidad e imparcialidad, evitando implicarse, opinar o emitir juicios en relación a las personas o al conflicto objeto de la mediación. En este sentido, el mediador se encarga de conducir y gestionar activamente, desde una posición de imparcialidad, el proceso de comunicación entre las partes, buscando facilitar en última instancia la generación de acuerdos.

³⁵ CRUZ MÁRQUEZ, B., “La Mediación en la ley...”, op. cit., p. 9.

³⁶ ALCÁZAR, M; BOUSO, J.C. y VERDEJO, A., “Análisis descriptivo de la actividad del Equipo Técnico de la Fiscalía de Menores de Toledo”, en Anuario de Psicología Jurídica 2015, España, 2014, p. 97.

³⁷ Artículo 8.7 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El mediador, en el desempeño de sus funciones, debe aportar legitimidad al proceso de mediación. Esto significa que debe contribuir a legitimar tanto a las personas afectadas por el conflicto como los acuerdos que, en su caso, logren alcanzarse. Para ello, debe asegurarse de que se incorporan los elementos socioeducativos del proceso para garantizar en la medida de lo posible el carácter preventivo de la intervención. Debe tratar de proporcionar elementos de desarrollo cognitivo y socio-moral al menor, buscando incidir en el carácter educativo de esta modalidad de respuesta por parte del sistema penal³⁸.

Desde el punto de vista práctico, tras el desarrollo de entrevistas informativas de forma independiente con cada una de las partes en las que se conversa sobre la finalidad del proceso de mediación y las circunstancias del conflicto, comienza la mediación propiamente dicha, para lo que deberá recabarse previamente el consentimiento de infractor y víctima.

En primer lugar, normalmente se celebra un primer encuentro entre el menor y la víctima en el que se fijan, de mutuo acuerdo, las condiciones en que se desarrollarán las sucesivas sesiones de mediación y la agenda de temas a tratar. El objetivo de los primeros encuentros es el de crear una atmósfera más o menos relajada y contribuir a potenciar la confianza que las partes tienen depositada en la figura del mediador.

De forma posterior, y en la medida en que se logra un ambiente relativamente libre de tensiones, se va dando tratamiento a los hechos que originaron el conflicto. Para ello, se proporciona a las partes su espacio para aportar sus explicaciones y solicitar aclaraciones, al mismo tiempo que se contribuye a potenciar la escucha y comprensión del otro.

El mediador aplica a lo largo de este proceso de discusión y diálogo un conjunto de técnicas específicas con las que contribuye a la comprensión, al profundizar en las causas, sintetizar y recoger los diversos puntos de vista manifestados, los posibles motivos que condujeron a ellos y las consecuencias que se desencadenaron en consecuencia. Este diálogo entre el menor y la víctima permite exteriorizar la percepción subjetiva de cada uno de ellos y los sentimientos relacionados con el conflicto, fomentando en última instancia la comprensión.

Existen una serie de pautas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de aplicar los procedimientos de mediación penal, ya sea juvenil o de adultos, conforme establece la Recomendación N° 19 del Consejo de Europa³⁹. Las principales son:

- El consentimiento de las partes para iniciar la mediación, que debe beber de su libre voluntad de acudir al proceso.

³⁸ ÁLVAREZ RAMOS, F., "Análisis socioeducativo...", op. cit., p. 19.

³⁹ La más reciente Recomendación n° R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para los países miembros acerca de la mediación penal. La más reciente Recomendación CM/Rec(2018)8 sobre justicia restaurativa en asuntos penales sigue estas mismas pautas.

- La confidencialidad de las conversaciones que ocurren durante el proceso.
- El respeto de las garantías legales y asistenciales de las partes.
- El procedimiento de mediación penal se articulará sobre la base del reconocimiento de los hechos.
- El resultado de la mediación no puede constituir o ser usado como indicio o testimonio de culpa.
- El mediador ha de contar con una formación específica en técnicas de mediación y actuar desde una posición neutral a lo largo del proceso.
- La mediación ha de ser un procedimiento imparcial en el que se respete en todo momento la dignidad de las partes, cuidando especialmente de las situaciones con riesgo de vulnerabilidad.

Por tanto, queda en manos del mediador el aseguramiento de las medidas que contribuyan a garantizar el correcto desarrollo del proceso de mediación penal.

1.6. DATOS SOBRE LA ACTIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN DE MENORES

1.6.1. Ámbito estatal

La Fiscalía emite anualmente una Memoria en relación a sus actuaciones a nivel nacional, proporcionando un conjunto de datos fundamentalmente cuantitativos que permiten analizar los resultados de su actividad en el ámbito específico de la Jurisdicción de Menores⁴⁰.

Las estadísticas recabadas a lo largo de los últimos años muestran, pese al descenso registrado a partir del año 2006 como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento de la LORPM, que la aplicación de las vías extrajudiciales es una práctica habitual en el contexto del procedimiento de responsabilidad de menores.

El recurso a las figuras de la conciliación y la reparación como vías alternativas al procedimiento judicial —que sabemos se sustancian fundamentalmente a través de procesos de mediación penal— alcanzó en 2016 una cifra del 16 % sobre el total de casos incoados ese mismo año en España.

El siguiente gráfico muestra cómo a lo largo de los últimos ejercicios la cifra de Expedientes derivados a las soluciones extrajudiciales conforme al artículo 19 LORPM ha venido manteniéndose estable, con variaciones poco significativas entre un año y el siguiente:

⁴⁰ Memoria de la Fiscalía, Madrid: 2017, vol. I, página 604 y 605.

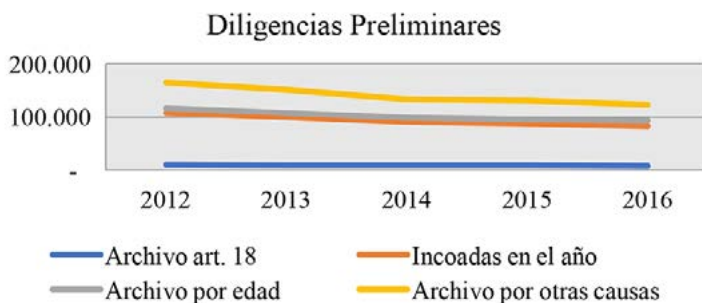


Resulta interesante la cifra de casos archivados conforme al artículo 18 LORPM, que en 2016 ascendió a un 11,13 %. Se refiere de casos de faltas o delitos menos graves en los que no hubiera mediado violencia o intimidación en las personas, para los que la Fiscalía opta por desistir del proceso judicial como consecuencia de su escasa gravedad.

En estos casos el menor puede ser enviado a la entidad pública de protección correspondiente a fin de recibir el tratamiento y medidas de protección más adecuadas a sus circunstancias y orientadas a su educación.

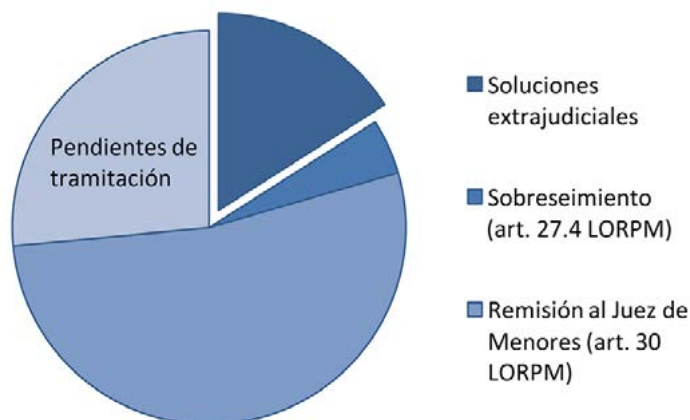
Por ello, los supuestos archivados por desistimiento del Ministerio Fiscal –previo a su archivo– son susceptibles de ser derivados a mediación por cumplir con los requisitos del artículo 19 LORPM. Para ello, el letrado defensor del menor deberá solicitar su aplicación de considerarlo adecuado al interés del menor como una posible vía de mayor contenido educativo que el archivo directo.

Al respecto, la Fiscalía expone que de las 74.525 causas incoadas en 2016, un total de 8.299 fue archivado por este motivo durante las Diligencias Preliminares lo que asciende al 11,13 % de los casos. Se trata de una cifra ampliamente superada por el volumen de casos archivados como consecuencia de otras causas, como la edad del menor, que se eleva al 53,95 %.



Superada la fase de Diligencias Preliminares, según la Memoria de la Fiscalía en 2016 fueron incoados un total de 27.279 Expedientes de Reforma, sin embargo llegaron a ser tramitados hasta 31.112 expedientes procedentes de ejercicios anteriores, de los cuales:

- Un 60,43% terminó con la conclusión del expediente y su remisión al Juez de Menores.
- Un 15,98 % fue derivado a reparación extrajudicial.
- Un 5,1 % de los casos fue sobreseído por aplicación del artículo 27.4 LORPM.
- El resto de los casos, cifra que asciende al 30,22 %, se encontraba pendiente de tramitación al cierre del ejercicio.



En términos porcentuales, las variaciones en relación al volumen de casos gestionados de forma extrajudicial en comparación con el mismo dato del ejercicio inmediatamente anterior a lo largo de los últimos cinco años, presenta leves variaciones que oscilan entre el 2 % y el 9 % aproximadamente, cifra que no constituye una alteración significativa capaz de marcar una ruptura en la tendencia a la estabilidad que ha venido dominando desde 2012.

En este sentido, puede afirmarse que no se han experimentado variaciones importantes en cuanto a un mayor o menor índice de derivación a las soluciones extrajudiciales, que en 2016 constituían en torno a un 16 % sobre el total de asuntos tramitados.

Esta cifra pone de relieve la importancia de la conciliación y la reparación como soluciones alternativas a la sanción penal en el procedimiento de menores:

	2012	2013	2014	2015	2016
Incoados en el año	29.598	29.428	27.472	26.425	27.279
Soluciones extrajudiciales	4.794	4.706	5.117	4.745	4.974
Sobreseimiento	2.911	1.981	1.823	1.638	1.409
Remisión al Juez de Menores	18.639	18.765	17.568	15.811	16.485
Pendientes	7.890	8.031	6.553	7.051	8.244
TOTAL	34.234	33.483	31.061	29.245	31.112

Índice de variación anual	2012-2013	2013-2014	2014-2015	2015-2016
Incoados en el año	- 0,58 %	- 6,65 %	- 3,82 %	+ 3,23 %
Soluciones extrajudiciales	- 1,84 %	+ 8,73 %	- 7,27 %	+ 4,82 %

Por otro lado, entre la información proporcionada por la Fiscalía se incluyen datos relativos al número de conformidades alcanzadas en la fase intermedia.

El artículo 32 de la LORPM establece que cuando la acusación solicite en su escrito de alegaciones la imposición de determinadas medidas y tanto el menor como su abogado manifiesten su conformidad, el Juez de Menores podrá dictar directamente sentencia sin tener que celebrarse acto de audiencia.

		2012	2013	2014	2015	2016
Absolutorias		1.816	2.280	1.594	1.703	1.489
Condenatorias	Sin conformidad	5.357	4.699	3.827	3.545	3.343
	Por conformidad	12.786	12.422	12.713	11.876	11.194
TOTAL SENTENCIAS		19.959	19.401	18.134	17.124	16.026

Por tanto, se trata de un modo de poner fin al proceso que supone la aceptación de los hechos, la calificación jurídica y la responsabilidad penal y civil exigidas por parte del acusado.

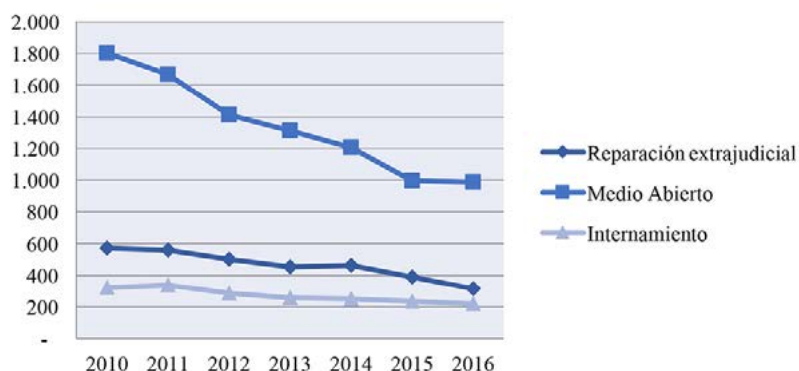
Las críticas frente a este mecanismo proceden de su falta de contenido restaurativo, al correr el riesgo de llegar a convertirse en un “regateo” entre el letrado de la Defensa y el Fiscal. Esto se debe al hecho de que la víctima y el acusado quedan completamente al margen y por tanto, sus necesidades.

Conforme se desprende del cuadro, en relación a las sentencias recaídas en 2016, las condenas por conformidad ascendieron al 69,84 %. Esta cifra destaca frente al 20,85% relativo al volumen de condenas sin conformidad, muy inferior.

1.6.2. Comunidad de Madrid

Además de los datos proporcionados por el Ministerio Fiscal, la Comunidad de Madrid a través de su Agencia para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (en adelante, ARRFMI), proporciona anualmente una memoria de su actividad. De este modo, puede valorarse la evolución que presentan los jóvenes que son atendidos por el ARRFMI en el desarrollo de sus intervenciones de contenido restaurativo.

En el ámbito de la Comunidad se ha señalado el bajo índice de reincidencias registrado, además del alto nivel de satisfacción que manifiestan las personas que participan en actuaciones mediadoras y reparadoras.



También se ha señalado el potencial que representa la mediación en relación a la integración social de los menores que han participado en dichas experiencias, además del carácter educativo de este tipo de intervenciones por favorecer el aprendizaje de formas de convivencia pro sociales⁴¹.

En 2016 se observa una tendencia a la baja en la actuación delictiva de los menores de edad, hecho que no resulta una novedad al venirse registrando este descenso desde 2010.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Rep. extrajudicial	574	559	501	454	464	389	314
Medio Abierto	1.804	1.668	1.411	1.311	1.206	998	983
Internamiento	321	337	287	258	252	234	218
TOTAL	2.699	2.564	2.199	2.023	1.922	1.621	1.515

En este sentido, el ARRM ha observado en 2016 una disminución global del 6,5% tanto en las altas de menores atendidos como en el número de medidas judiciales ejecutadas, frente al ejercicio anterior.

El volumen de Expedientes derivados a mediación en la Comunidad de Madrid ascendió en 2016 al 21 %, cifra que supera en 5 puntos el mismo dato a nivel nacional.



⁴¹ CRESPO MARTIN, C. y FRANCO YAGUE, J. F., “Mediación: respuestas educativas y soluciones extrajudiciales en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista de Mediación* nº 11, España, 2012, p. 29.

2. El menor en el ámbito de la Justicia penal

El menor puede verse inmerso en un procedimiento penal, ya sea como consecuencia de haber cometido una infracción, por ser víctima de un delito o porque deba comparecer en el proceso en calidad de testigo.

Al abordar su acceso al sistema de justicia debe prestarse especial atención a la condición de menor que hace que nos encontremos ante un ente particularmente vulnerable. Por ello, el sistema judicial debe adaptarse en la medida de lo posible a sus características, a fin de evitar obstáculos, riesgos y la posibilidad de que se reproduzcan experiencias negativas.

En el plano del marco normativo aplicable a la infancia ha tenido una especial relevancia la Convención sobre Derechos del Niño, que explícitamente recoge la autonomía, la subjetividad del niño y el peso que su opinión ha de tener en las decisiones relativas a los procesos de los que son parte, haciendo uso de su derecho a expresar sus opiniones y participar en las decisiones⁴².

Antes de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, la participación del menor en procedimientos judiciales no era de forma directa sino a través de sus representantes legales y conforme a la voluntad de quienes ejercían la patria potestad.

El niño tiene derecho a formarse un juicio propio, a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten y a ser escuchado. En este sentido, en el ámbito de los procedimientos judiciales el niño alcanza un estatus de sujeto activo de derecho, lo que se desprende de la redacción del artículo 12 de la CDN. La CDN otorga al menor capacidad de ejercicio y autonomía progresiva.

En el marco de un procedimiento judicial el niño adquiere el status de sujeto de derecho activo, donde su derecho a ser escuchado genera:

- El derecho a expresarse libremente en los procesos que involucran sus intereses.
- El derecho a defenderse, ya sea manifestando su voluntad por sí mismo o a través de su letrado.

El citado artículo 12 CDN fija un límite a modo de condicionamiento en el derecho de expresión del niño, que el niño se encuentre “en condiciones de formarse un juicio previo”⁴³.

Por tanto, la CDN introduce la noción de autonomía progresiva conforme a la cual el menor va adquiriendo capacidad para el ejercicio personal de sus derechos.

⁴² BECERRIL. S., Defensora del pueblo, *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid, 2015, p. 7.

⁴³ NOVELLA, L., “Participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales”, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Argentina, octubre 2010, p. 141.

2.1. Perfil del menor infractor en España

Desde el punto de vista de la perspectiva jurídico-penal, la edad del infractor es un elemento de gran relevancia.

El Código Penal establece el límite de la responsabilidad penal en los 18 años, lo que no significa que este elemento constituya una causa de exención de la responsabilidad como consecuencia de la falta de madurez para los infractores cuya edad se encuentra por debajo de esta cifra.

Las bases de la responsabilidad penal de los menores de 18 años quedan reguladas en la LORPM, ya que se considera que el menor tiene capacidad para comprender el significado del hecho delictivo que ha cometido y actuar en consecuencia. Sin embargo, el principio de culpabilidad debe adaptarse a su peculiar psicología y a su grado de madurez⁴⁴.

En el extremo opuesto, en España los menores de 14 años son considerados imputables por estar exentos de responsabilidad penal. Por debajo de los 14 años no se produce intervención por parte del sistema de justicia penal, siendo una circunstancia *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario. El legislador se apoya sobre este criterio objetivo-biológico por entender que los menores de 14 años no pueden asumir una responsabilidad penal ante el Estado por carecer de la suficiente capacidad de discernimiento, aun cuando han cometido infracciones de índole penal.

El problema en este sentido es la falta de instrumentos que permitan determinar la capacidad del menor para asumir la responsabilidad sobre sus actos en base a criterios psicológicos y de madurez. Diversos autores señalan que los menores infractores tienen dificultades para ponerse en el lugar del otro o identificar su perspectiva y por tanto, de anticipar las consecuencias de sus actos⁴⁵.

Defiende BLANCO BAREA que: “Ciertamente, si contáramos con instrumentos infalibles que pudieran detectar qué persona ha alcanzado la suficiente madurez volitiva y conductual que presuponga que es responsable absoluto de sus actos por cuanto es consciente del mal que causa, probablemente constituiría la forma más justa de aplicar un derecho penal u otro, pero dado que esta infalibilidad no existe, parece evidente que al amparo del principio de la seguridad jurídica se haya optado por el criterio más objetivo y generalizado, además de coherente con la realidad jurídico social de los derechos y deberes jurídicos de los menores de edad en el ordenamiento jurídico español (art. 12 de la Constitución), así opinan la inmensa mayoría de los autores que han tratado este tema [...]”.

En el caso de algunas de las tipologías delictivas de mayor incidencia en nuestro país se da la problemática de la autoría por parte de menores por debajo del límite de

⁴⁴ GERMÁN MANCEBO I. y OCÁRIZ PASSEVANT E., “Menores infractores...”, op. cit., p. 288.

⁴⁵ BLANCO BAREA, J.A., “Responsabilidad penal del menor...”, op. cit., p. 6

los 14 años como ocurre en los delitos de violencia ascendente, delitos en el ámbito escolar o delitos por vía informática. En relación a estos supuestos adquiere una especial relevancia la prevención y educación en este terreno.

Desde la entrada en vigor de la Ley 5/2000 se ha venido produciendo un notable descenso de la comisión de infracciones en el ámbito juvenil a nivel estatal.

La Agencia para la reeducación y reinserción del menor de la Comunidad de Madrid motiva este significativo descenso en la dotación de potentes instrumentos que facilitan la interpretación y aplicación de la ley: jueces especializados, la adopción de medidas en base al interés superior del menor, ajuste flexible a las circunstancias de cada caso, el asesoramiento por parte de los Equipos Técnicos, etc. También se han desarrollado programas de intervención especializados capaces de ajustarse a las necesidades de los menores. La búsqueda por lograr una mayor implicación de las familias en los procesos educativos para que también intervengan en los procesos de educación y reinserción, etc.

En el caso de la Comunidad de Madrid, la Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI) ya mencionada, es un organismo encargado de la implantación de programas especializados para menores y jóvenes infractores en aplicación de las medidas judiciales de la Ley 5/2000.

Además de sus intervenciones atendiendo a menores y jóvenes que hayan de cumplir medidas judiciales, la actividad desarrollada por el ARMMI permite recabar y dar a conocer datos estadísticos en materia de criminalidad juvenil.

De acuerdo a la Memoria del ejercicio 2016, se obtuvieron los siguientes datos en relación al perfil del menor infractor en la Comunidad de Madrid:

- Los infractores son, en su mayoría, jóvenes pertenecientes al sexo masculino. Durante el año el 83% de las infracciones fueron cometidas por varones frente a la población femenina que roza el 17%.
- En cuanto a la edad del joven infractor, las actuaciones delictivas se cometen con mayor frecuencia en torno a los 17 años y medio.
- En relación al tipo delictivo, son los delitos contra la propiedad los que se producen más repetidamente. Más de la mitad de los delitos registrados en 2016 fueron delitos de robo en sus diferentes formas y delitos de hurto, concretamente la cifra ascendió al 56% de las infracciones cometidas ese año. Por otro lado, es apreciable la presencia de determinados delitos con un porcentaje significativo como son el maltrato familiar ascendente, con un 13%, y los delitos de lesiones y agresiones, con un 11%.
- Entre los resultados más esperanzadores en materia de criminalidad juvenil en la Comunidad de Madrid, resulta significativa la baja cifra correspondiente a delitos de especial gravedad. También se viene observando una tendencia a la baja en la actuación delictiva de los menores de edad, con descenso global de

las altas de menores atendidos y medidas judiciales ejecutadas por este organismo que en 2016 descendió un 6,5 % respecto al año anterior. El descenso acumulado desde 2010 es del 43,87%.

2.1.1. Breve mención a los principales delitos cometidos con mayor frecuencia por menores

En relación a los resultados obtenidos en el territorio nacional durante los últimos años puede observarse que las infracciones cometidas por menores son de muy diferente índole. Se advierte que el número de delitos es superior al de faltas cometidas, sin destacar ningún hecho delictivo de manera significativa frente a los demás.

Tradicionalmente, el perfil del menor infractor estaba constituido primordialmente por jóvenes en situación de exclusión social, procedentes de familias desestructuradas y entornos marginales. Sin embargo, este concepto ha evolucionado, encontrándonos en la actualidad con menores procedentes de familias normalizadas (sin problemas económicos importantes, sin toxicomanías, etc.) que cometen actos delictivos.

En ocasiones nos encontramos ante casos de la denominada “delincuencia funcional” en los que la comisión delictiva viene asociada al uso problemático de drogas, lo que se traduce en delitos contra el patrimonio como consecuencia de sus efectos inhibidores y estimulantes⁴⁶.

También se observa una delincuencia que no siempre va asociada al abuso de las drogas o que es respuesta de una situación de marginalidad, basada en comportamientos violentos.

Se trata de violencia en los colegios y en las familias, ya sea entre iguales o ascendente. Resulta especialmente preocupante la aparición y reincidencia de un nuevo delito considerado especialmente grave como es el maltrato hacia los padres. Las teorías clásicas resultan inservibles a la hora de tratar de explicar este tipo de conductas infractoras, motivadas por la falta de respeto a los mayores, la falta de control de impulsos y la nula tolerancia a la frustración.

A. Delitos contra la vida y la integridad física

De los valores obtenidos a lo largo de los últimos años en relación a este tipo de delitos, la cifra puede considerarse poco alarmante tanto a nivel nacional como en la Comunidad de Madrid, manteniéndose estable el número de procedimientos abiertos.

⁴⁶ GERMÁN MANCEBO I. y OCÁRIZ PASSEVANT E., “Menores infractores...”, op. cit., p. 290.

En relación a los delitos especialmente graves como homicidios, asesinatos y delitos contra la libertad sexual cometidos por menores, suponen un porcentaje poco significativo dentro de las cifras totales en materia de criminalidad juvenil.

A nivel estatal, el número de procedimientos de menores abiertos por delitos contra la vida se mantiene estable y presenta cifras poco alarmantes. En 2016 se abrieron 45 causas, frente a las 51 del año anterior, a lo que hay que sumar el hecho de que la mayoría fueran homicidios o asesinatos en grado de tentativa.

	2012	2013	2014	2015	2016
Homicidio / Asesinato doloso	65	42	48	51	45
Lesiones	11.748	9.665	9.186	9.959	11.238

En la Comunidad de Madrid suponen tan sólo un 2% del total de las altas registradas en 2016, por lo que se mantiene una continuidad con respecto a los valores de años anteriores. En paralelo a la situación estatal, estos datos incluyen además los delitos que se cometen en grado de tentativa.

Tanto la Fiscalía de Menores como la Agencia de la Comunidad de Madrid ARMI consideran que nos encontramos ante valores poco alarmantes.

En relación a los delitos de lesiones, sí ha quedado reflejado un incremento considerable de las cifras en España en el último año, hecho que se debe en cierta medida a la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015. Tras la reforma lo que anteriormente se registraba como falta es ahora considerado delito leve, por lo que las cifras pueden resultar engañosas. En este sentido el incremento se produce al pasar de 9.959 causas abiertas en 2015 a 11.238 en 2016.

En cuanto al desarrollo de las cifras del delito de lesiones cometido por menores en la Comunidad de Madrid, del total de 1.201 altas registradas en 2016, un 11% se corresponde con esta tipología delictiva, casos a los que se aplicaron medidas consistentes en internamiento o medio abierto.

En el año 2016 se produjeron 34 reparaciones extrajudiciales relativas a delitos de lesiones y agresiones, lo que supone un 10,5 % de las reparaciones extrajudiciales que fueron dadas de alta durante ese año, la segunda causa más recurrente.

B. Delitos contra el patrimonio

Conforme a las estadísticas, los delitos contra el patrimonio son los que se producen con una mayor frecuencia entre jóvenes. En España se registraron 4.604 procedimientos por robo con fuerza, 4.342 robos con violencia o intimidación y 8.922 hurtos. En relación al delito de daños, se registraron en 2016 3.265 altas. En líneas generales viene observándose un descenso en la comisión de este tipo de delitos, con excepciones:

en grandes capitales como Madrid o Barcelona se han incrementado las cifras en un 19,4% y un 18% respectivamente. Por otro lado, el incremento de altas en el caso de los delitos de hurto y daños responde a la contabilización como delito leve de lo que anteriormente era considerado falta.

	2012	2013	2014	2015	2016
Robo con fuerza	7.738	6.935	5.630	5.437	4.604
R. con violencia	7.386	6.377	4.752	4.404	4.342
Hurto	6.853	6.623	5.292	7.055	8.922
Daños	4.576	3.532	3.154	3.093	3.265

En el caso de la Comunidad de Madrid, el 56% del total de altas registradas en 2016 corresponde a este tipo de delito, con el hurto a la cabeza.

C. Violencia doméstica hacia ascendientes y hermanos

En el caso de menores infractores, la violencia doméstica se proyecta hacia los ascendientes y los hermanos, aunque fundamentalmente se desarrolla en la modalidad filio-parental.

Las cifras en España han resultado muy positivas a lo largo del último año, siendo el número de causas abiertas en 2016 el más bajo en lo que va de década. En 2016 se abrieron un total de 4.355 causas, lo que ha supuesto un ligero descenso en relación al año anterior, con 4.898 causas.

No obstante, sigue resultando preocupante en elevado número de casos abiertos a pesar del descenso de las cifras. Según la Memoria de la Fiscalía correspondiente al ejercicio 2016, en algunas provincias como Málaga o Tenerife estos procedimientos no sólo absorben gran parte del día a día de las Secciones de Menores sino que la mayoría de las medidas cautelares que se acuerdan son por este tipo de delito. Resulta significativo también el hecho de que de las tres sentencias dictadas por el Juez Central de la Audiencia Nacional, una fue en un caso de este tipo.

Este problema ha recibido numerosas reflexiones en torno a sus posibles causas que concluyen que el modelo educativo parental fracasa en sus funciones desde la más temprana infancia. Las prácticas educativas no son suficientes para prevenir la comisión de infracciones por el menor en el seno familiar, conflicto que no puede pretender resolverse de forma exclusiva por la vía judicial. Un dato alarmante es el hecho de que cada vez se observan más casos de delitos de violencia filio-parental por parte de menores de edad por debajo de los 14 años. En numerosos casos se observa la presencia de consumo abusivo de sustancias o trastornos graves del comportamiento como elementos desencadenantes de este tipo de infracciones. En este sentido, la Memoria de 2016 de la Fiscalía

transmite la existencia de ciertas carencias a nivel de labor institucional en materia de terapia preventiva que pueda evitar que el conflicto desemboque en la vía judicial.

D. Violencia de género

A pesar de que el número de casos en 2016 haya experimentado un incremento respecto del ejercicio anterior, la cifra puede considerarse de carácter moderado en el ámbito de la delincuencia juvenil, máxime a la luz de los datos relativos a los casos de violencia filio-parental. Existe, por tanto, una tendencia de picos al alza y a la baja que vienen dándose a lo largo de los últimos cinco años, donde la cifra más alta de causas se dio en el año 2012 y la más baja, precisamente al año siguiente: de 632 causas en 2012 a 327 en 2013.

	2012	2013	2014	2015	2016
Violencia de género	632	327	409	433	543

De conformidad con lo expuesto en la Memoria de la Fiscalía, preocupa la corta edad de algunas víctimas de este tipo de delito, entre 12 y 14 años, y el hecho de que éstas resten importancia a los hechos, disculpando al menor autor del maltrato y siendo terceros o familiares quienes interponen la denuncia.

E. Delitos contra la libertad sexual

Tanto en el caso de las agresiones sexuales como de los abusos sexuales se ha observado un notable incremento de supuestos, que pasaron de 1.081 en el año 2015 a 1.271 en 2016.

	2012	2013	2014	2015	2016
Agresión sexual	537	575	440	417	476
Abuso sexual	680	549	641	664	795

Ambas modalidades delictivas han de ser distinguidas puesto que puede afirmarse que la cifra de agresiones sexuales denunciadas se mantiene en la línea de los años anteriores. Sin embargo, la cifra en el caso del delito de abuso sexual en 2016 es la más alta de la década. La Fiscalía argumenta que este ascenso puede tener su explicación en el cambio legislativo introducido por la Ley Orgánica 1/2015 en el Código Penal que aumentó de 13 a 16 años la edad para prestar consentimiento en las relaciones sexuales.

A pesar de ello, siguen observándose situaciones de convivencia de menores de 13 años con varones de ciertas etnias, situaciones en las que existe el consentimiento y apoyo de las familias, resultándoles indiferente la nueva regulación.

F. Delitos contra la salud pública

Los delitos pertenecientes a esta tipología vienen manteniéndose estables, apreciándose en 2016 un leve descenso y sin haberse producido durante el ejercicio hechos de especial gravedad.

G. Violencia en el ámbito escolar

El acoso escolar es un concepto amplio dentro del que pueden subsumirse diversas formas de comportamiento violento entre iguales en el ámbito de los colegios. Se trata de delitos contra la integridad física y moral.

Durante los últimos años se ha venido observando un incremento generalizado de las denuncias interpuestas como consecuencia de este tipo de comportamientos. De conformidad con lo manifestado en la última Memoria Anual de la Fiscalía, este incremento no se ha producido por un aumento objetivo y real de los supuestos de acoso escolar. De hecho, la mayor parte de los supuestos que se denuncian se deben a hechos de escasa entidad, por lo que de incoarse un expediente, la mayoría de las veces, se llega a una resolución extrajudicial por considerarse el cauce más adecuado.

La Fiscalía relaciona la proliferación de este tipo de denuncias con el abordaje por parte de los medios de comunicación. En este sentido se ha venido reproduciendo el número de noticias y programas televisivos relacionados con el tema a menudo basados en informaciones o sin contrastar o planteados con un enfoque banal y sensacionalista.

Otro elemento a destacar es la corta edad de los presuntos infractores que en muchos casos no alcanza la edad mínima exigible, lo que ha generado que muchos asuntos fuesen archivados por ser el denunciado menor de 14 años.

La estadística muestra que parte del problema de la violencia escolar entre iguales se focaliza en la etapa preadolescente, lo que invita a la reflexión desde el planteamiento de la necesidad de un abordaje educativo y de prevención, antes que jurisdiccional.

H. Delitos cometidos o difundidos por vía informática

La Fiscalía viene observando durante los últimos ejercicios un fenómeno de iniciación cada vez más temprana en las nuevas tecnologías. Este tipo de delitos se encuentran muy relacionados con los delitos de violencia en el ámbito escolar, el llamado *ciberbullying*.

Uno de los principales problemas es la dificultad a la hora de iniciar un procedimiento judicial en contra de los infractores, por ser a menudo menores de 14 años. En este sentido la Fiscalía insiste una vez más en la importancia de la labor educativa y en materia de prevención en este campo.

I. Delitos contra la seguridad vial

En primer lugar, en relación con los delitos por conducción temeraria, por conducción sin permiso o por conducción ética o bajo los efectos de drogas tóxicas, la Fiscalía ha observado una mejora motivada por los efectos de las medidas, especialmente extrajudiciales, que contribuye a que los infractores tomen conciencia del carácter delictivo de la conducta.

Se ha producido un notable descenso cercano al 50% desde 2009 de los delitos por conducción sin permiso.

	2012	2013	2014	2015	2016
Cond. ética/drogas	68	109	35	70	69
Conducción temeraria	479	190	224	148	143
Conducción sin permiso	1.958	1.810	1.831	1.734	1.604

J. Delincuencia perpetrada por bandas juveniles

Se trata de un tipo delictivo que se da con mayor intensidad en grandes ciudades como es el caso de Madrid, donde las peleas entre bandas juveniles rivales se han incrementado durante 2016. Estos efectos han podido ser observados en el incremento de los asuntos incoados por lesiones con instrumento peligroso, pertenencia a organización criminal, tenencia ilícita de armas y riña tumultuaria.

3. EL ABOGADO DEFENSOR DEL MENOR

3.1. El abogado en el ámbito de los ADR

De entre los valores superiores que informan nuestro ordenamiento, la Abogacía se encuentra directamente vinculada a los de justicia e igualdad, promulgados por la Constitución en su artículo 1.1.⁴⁷

En el contexto del Estado de Derecho, siendo uno de los pilares del ordenamiento el respeto absoluto por la dignidad humana, la función del abogado adquiere gran trascendencia social. Desde este punto de vista, su función consiste en ser facilitador de la técnica y conocimientos necesarios para el asesoramiento jurídico y la defensa de los derechos de las personas. En este sentido, conforme a los resultados exhibidos en

⁴⁷ Artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

el Barómetro Externo del Consejo General de la Abogacía realizado en 2015, de entre todas las instituciones jurídicas relacionadas con la administración de justicia y la defensa, los abogados alcanzan la consideración más elevada, manteniendo una estable y consolidada posición en el ranking. Según dichos resultados, los españoles concluyen que los abogados realizan una contribución a la justicia desempeñando una función de interés público.⁴⁸

De acuerdo con lo establecido en el Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía, la figura del abogado avala un haz de garantías en relación a la defensa de toda persona, tanto dentro como fuera del proceso judicial. De hecho, a través del ejercicio de la defensa se hace real el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24.1 de la Constitución. “[...] el Abogado experto en leyes y conocedor de la técnica jurídica y de las estrategias procesales se erige en elemento imprescindible para la realización de la Justicia, garantizando la información o asesoramiento, la contradicción, la igualdad de las partes tanto en el proceso como fuera de él, encarnando el derecho de defensa, que es requisito indispensable de la tutela judicial efectiva”.

En la misma línea, el Código Deontológico del Consejo Consultivo de los Abogados Europeos resalta la trascendencia del ejercicio de la defensa como garantía de los derechos y libertades proclamados por el ordenamiento jurídico: “En una sociedad basada en el respeto a la Justicia, el Abogado tiene una función destacada. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato dentro del marco legal. En un Estado de Derecho, el Abogado resulta indispensable para la justicia y los justiciables, cuyos derechos y libertades le corresponde defender, cumpliendo a la vez el papel de defensor y asesor de su cliente [...]”.⁴⁹

Sin embargo, partiendo de la base del papel fundamental de la Abogacía en la materialización de la Justicia, nos encontramos en un momento de cambio sociocultural en el que comienza a evidenciarse una necesidad ciudadana de nuevas formas de respuesta por parte de nuestro Sistema de Justicia.

Ante el lento avance hacia formas de resolución de conflictos más allá de los métodos autocompositivos, puede observarse cómo la figura del abogado empieza a adquirir nuevos roles en relación a las “ADR” o vías alternativas de resolución de conflictos.

En definitiva, a día de hoy nuestro sistema de justicia no termina de integrar una estructura que sustente respuestas alternativas a la judicatura ni bebe, como ciertos países anglosajones, de una “Cultura de la Mediación”. Sin embargo, se observa cierto avance que se manifiesta en algunos cuerpos normativos, entre los que cabe mencionar la LORPM, que ya prevén la posibilidad de acceder a las vías extrajudiciales de resolución de conflictos.

⁴⁸ CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, La imagen de los Abogados y de la Justicia en la sociedad española: Barómetro Externo del Consejo General de la Abogacía Española 2015, página 5.

⁴⁹ Código Deontológico de la C.C.B.E. de los Abogados Europeos, Art. 1.1.

En esta línea es posible afirmar que entre las funciones del abogado se encuentran las de asesoramiento en materia de vías alternativas al litigio. Así lo establece el Código Deontológico de la Abogacía Española en su artículo 13.9 e):

“Artículo 13.9. El Abogado tiene la obligación de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite del mismo modo:

- a) Su opinión sobre las posibilidades de sus pretensiones y resultado previsible del asunto.
- b) Importe aproximado, en cuanto sea posible, de los honorarios, o de las bases para su determinación.
- c) Si por sus circunstancias personales y económicas tiene la posibilidad de solicitar y obtener los beneficios de la asistencia Jurídica Gratuita.
- d) Todas aquellas situaciones que aparentemente pudieran afectar a su independencia, como relaciones familiares, de amistad, económicas o financieras con la parte contraria o sus representantes.
- e) La evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas; posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o soluciones alternativas al litigio”.

Del mismo modo y a nivel europeo, el Código Deontológico del Consejo de los Colegios de Abogados contempla en su artículo 3.7.1 las funciones de asesoramiento del abogado en materia de ADR: “Artículo 3.7.1. El Abogado tratará, en todo momento, de encontrar una solución al litigio de su cliente, apropiada a la cuantía del asunto, asesorándole en el momento oportuno sobre la conveniencia de llegar a un acuerdo o recurrir a soluciones alternativas para poner fin al litigio”.

Pudiendo concluir que, entre las funciones propias de la Abogacía se encuentra el asesoramiento sobre vías de resolución de conflictos al margen de los Tribunales, queda por delante un gran trabajo que haga posible que los abogados en su conjunto comprendan cual ha de ser su papel en el contexto de la mediación.

Existe a día de hoy una gran confusión dentro del colectivo de la Abogacía. Se debe en gran medida al desconocimiento sobre métodos heterocompositivos de resolución de conflictos, sus posibilidades y ventajas en conexión con el sistema de justicia. A pesar de que la mediación ha ganado una mayor visibilidad en nuestra sociedad, numerosos abogados continúan contribuyendo a propagar ideas erróneas sobre su propósito. Esto comienza desde el propio desconocimiento del abogado acerca de lo que es y no es la mediación.

Una parte importante del colectivo considera que se trata de una nueva actividad que compite directamente con la profesión del abogado. Sin embargo, la mediación es un proceso de diálogo entre las partes de un conflicto, donde sus letrados desempeñan un papel clave. Adecuadamente posicionado, el abogado puede colaborar en la ela-

boración de los acuerdos, asesorando al cliente sobre los aspectos legales del conflicto que ha de tener en cuenta a la hora de tomar decisiones. Una vez logrado el acuerdo extrajudicial, el abogado debe garantizar y supervisar que éste respeta el marco legal.

Otra de las creencias predominantes consiste en la afirmación de que el abogado viene desempeñando funciones de mediación desde los inicios de la profesión. En relación a este punto, es evidente que se pasan por alto principios rectores que inspiran la figura del mediador, como son la imparcialidad y la neutralidad. El asesoramiento jurídico y la defensa del cliente chocan directamente con la posibilidad de mantenerse en una posición de imparcialidad frente a las partes del conflicto. El mediador es un profesional, experto en un conjunto de técnicas para cuya puesta en práctica ha de adquirir una formación específica. Entre sus funciones no se encuentran las de asesorar u opinar sobre las mejores decisiones o alternativas, debiendo en todo momento garantizar la comunicación entre las partes desde una posición de imparcialidad.

En conclusión, dentro del contexto de la mediación, el papel del abogado se resume en los siguientes puntos:

- El abogado debe informar a las partes sobre vías de resolución alternativas al procedimiento judicial conforme establecen los Códigos Deontológicos.
- Durante los procesos de mediación, su función consistirá en el asesoramiento de su cliente y la colaboración en la búsqueda y confección de acuerdos.
- Por último, el abogado tiene un papel clave en la supervisión de los acuerdos alcanzados en el proceso de mediación, debiendo garantizar el respeto al marco legal.

A pesar de que la colaboración de los abogados en el contexto del proceso de mediación puede resultar un apoyo fundamental en la obtención de acuerdos, la falta de integración de los “ADR” en el sistema contribuye al mantenimiento de la confusión.

3.2. El proceso penal de menores desde la perspectiva de la defensa

3.2.1. La defensa como garantía de los derechos del menor

La asistencia letrada que proporciona el abogado a su representado menor de edad –sea víctima o infractor–, lleva aparejada una serie de especialidades propias de la minoría de edad del defendido. En todo caso, el abogado debe asistir al menor a lo largo del procedimiento judicial bajo el respeto de una serie de garantías especialmente formuladas en la Convención de Derechos del Niño.

Puede decirse que al materializarse el derecho del menor a ser defendido en juicio, se posibilita que a su vez se den otras garantías de gran relevancia como son el derecho

del menor a ser oído, el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta y el derecho a participar activamente en el proceso. En este sentido, las actuaciones del abogado defensor del menor tienden a garantizar sus derechos a expresarse y participar en el procedimiento del que es parte, cristalizando los compromisos formulados en la Convención de Derechos del Niño en relación al ámbito judicial. Por ello, la defensa letrada debe preservar en todo momento la máxima expresión de estos derechos.

Puede concluirse que la función del abogado defensor del menor constituye el eje que conecta la obligación del Estado de garantizar los derechos del niño y, especialmente, la legítima defensa, el derecho a ser escuchado, a que su opinión sea tenida en cuenta y a participar en su proceso.⁵⁰

Por otro lado y más allá de los derechos específicos formulados en la Convención de los Derechos del Niño, es un pilar de la L.O. 5/2000 el interés superior del niño. A este respecto, cualquier decisión relativa a la estrategia procesal del letrado defensor del menor habrá de ser sometida al superior interés de éste.

En materia de menores, las actuaciones del abogado penalista deberían ir dirigidas a garantizar los objetivos tendentes a la reeducación y la reinserción del infractor, ya que se entiende que se encuentran estrechamente vinculados al interés superior del menor. Se trata de un tema que abre el debate puesto que, en el ámbito del proceso penal de adultos, el éxito del letrado penalista reside, en buena medida, en conseguir una pena de menor duración o incluso la absolución de su cliente. No debe ocurrir lo mismo en los procedimientos de menores, donde la decisión del Juez de Menores en torno a la imposición de una determinada medida viene inspirada y motivada por los informes de la Fiscalía y el Equipo Técnico. Al haberse tenido en consideración la situación y contexto personas, familiar y social del menor, queda garantizado el hecho de que la medida que se imponga supondrá la mejor alternativa para lograr los fines educativos y re-socializadores que plantea la ley. La ejecución de la medida engloba también un exhaustivo contenido socioeducativo al que se le da un seguimiento, a modo de programa personalizado para el beneficio de cada menor.

En relación ello, podría considerarse que el interés del menor, en la mayoría de los casos, consistirá en cumplir de forma íntegra el tiempo establecido para la medida por la sentencia⁵¹, dado que dicha medida se ha establecido o modificado de acuerdo a sus necesidades personales y de cara a su recuperación y reinserción. Llegados a este punto, debe ser considerada la necesaria reflexión en torno a la orientación educadora de la L.O. 5/2000. Debe tenerse en cuenta la conexión entre la vocación educativa y re-integradora de la ley reguladora de la responsabilidad penal del menor y la búsqueda del interés superior del joven infractor.

⁵⁰ NOVELLA, L., "Participación de niños...", op. cit., p. 150.

⁵¹ BLANCO BAREA, J.A., "Responsabilidad penal del menor...", op. cit., p. 8.

Según el Consejo General de la Abogacía, en materia de menores, los Colegios Profesionales deben impartir formación homologada a fin de que quienes actúen frente a los Juzgados de Menores se encuentren capacitados para esta especialidad.

3.2.2. Derechos del menor en el procedimiento de responsabilidad penal

El menor imputado se encuentra pasivamente legitimado para comparecer en el procedimiento judicial, posición en la que se le reconocen una serie de derechos y garantías procesales. Por un lado, ostenta el conjunto de derechos que correspondería a toda persona de acuerdo al artículo 24 CE, por lo que en este sentido recibe el trato que se daría a un adulto imputado. Por otro lado y en su calidad de menor de edad, la Administración de Justicia debe reconocer y respetar los derechos proclamados por las “Reglas de Beijing”.

Dentro del ámbito del procedimiento judicial, el conjunto de garantías procesales que asisten al menor, ya sea sospechoso o acusado, se encuentra regulado por La Directiva (UE) 2016/800⁵².

La LORPM se proyecta en la misma línea que las Reglas de Beijing, regulando en su artículo 22 el conjunto de derechos que asisten al menor infractor en el seno del proceso judicial.

De conformidad con lo establecido en el artículo 22.1. a) de la LORPM, el menor tiene derecho a ser informado de la acusación que recae sobre él, lo que debe realizarse en términos claros, precisos y de forma comprensible, de modo que resulte posible el ejercicio de su derecho de defensa. Este derecho debe quedar garantizado durante todas las fases del procedimiento judicial, y se refiere al Juez de Menores, al Ministerio Fiscal y a los agentes de Policía que puedan intervenir en la detención.

El menor tiene derecho a ser asistido por un letrado⁵³ desde el momento de la detención, si la hubiera, o desde la incoación del expediente. Se trata de un derecho esencial que puede ser ejercitado a través de dos agentes. Por medio del abogado, mediante la defensa técnica o por el propio menor imputado, desde el punto de vista de la autodefensa. Por ello, la ley prevé el derecho del menor a designar a un letrado de su confianza y elección o, en su caso, solicitar que se nombre uno de oficio. Desde la notificación del Expediente al menor, éste será requerido por la Fiscalía junto con sus representantes legales a fin de que en el plazo de tres días designen letrado para su de-

⁵² Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

⁵³ Desarrollado por la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

fensa. En caso de no hacerlo, será la propia Fiscalía quien, de oficio, se encargue de tal designación.

Desde el momento de la detención policial o incoación del Expediente y antes de prestar declaración en el interrogatorio por la Policía o el Ministerio Fiscal, el menor tiene derecho a tener una entrevista reservada con su abogado. Este extremo habilita al letrado a prestar un asesoramiento adecuado a la defensa del menor. Esta facultad se introduce con la LORPM. Con anterioridad a ella, el abogado podía entrevistarse con el infractor de forma posterior a la declaración. Una vez en el acto de la declaración, el abogado del menor ha de estar presente sin que quepa renuncia por parte del menor o sus representantes legales (artículo 17 LORPM⁵⁴).

El imputado, debidamente asistido por su letrado, tiene derecho a intervenir en las diligencias que se practiquen durante todo el procedimiento judicial, conforme reza el artículo 22.1 c) LORPM. En este sentido, puede proponer o solicitar la práctica de determinadas diligencias al Ministerio Fiscal, que decidirá de forma motivada tras valorar su conveniencia.

En caso de negativa por parte de la Fiscalía el menor tendrá la posibilidad de reiterar su propuesta ante el Juez de Menores, quien podrá acordar la práctica de las diligencias solicitadas si lo considera oportuno.

Como garantía al principio de contradicción, tiene derecho a ser oído por el Juez de Menores de forma previa a la adopción de una resolución judicial. De este modo, el artículo 22.1 d) contiene la exigencia de un acto de audiencia previa que permita una efectiva contradicción, de modo que el menor imputado no pueda verse perjudicado por una resolución judicial sin haber tenido la oportunidad de defenderse y ser escuchado.

3.3. Otras cuestiones en torno a la defensa del menor

3.3.1. Reflexión sobre la necesidad de capacitación y especialización del letrado

La necesidad de especialización de los funcionarios y profesionales implicados en el funcionamiento del sistema de justicia penal de menores parece ser una cuestión sobre la que existe consenso.

⁵⁴ Art. 17 LORPM: “[...] 2. Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor –de hecho o de derecho–, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente. El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración”.

Tanto las Reglas de Beijing⁵⁵ como la Recomendación (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵⁶, hacen hincapié en la necesaria capacitación de todos los agentes involucrados en el tratamiento de la responsabilidad penal de los menores.

La Disposición Final Cuarta de la LORPM deja en manos del Consejo General de la Abogacía la formación de aquellos letrados que defienden a menores a través del turno de oficio. Sin embargo, el abogado directamente designado por el particular no tiene la obligación de disponer de ninguna capacitación específica en materia de menores. En este sentido, cabe considerar los riesgos que puede suponer la inobservancia de las especialidades y derechos que asisten al menor de edad dentro del procedimiento judicial.

Por otro lado, hemos podido detectar que la mediación penal constituye una herramienta fundamental en la implementación de las figuras de la conciliación y la reparación del artículo 19 LORPM, especialmente con motivo de su potencial educador.

También vimos cómo los diversos Códigos Deontológicos incluyen el deber del abogado de asesorar sobre las vías de resolución de conflictos al margen del procedimiento judicial, lo que debe tenerse en consideración de forma previa a la interposición de la acción judicial.

Sin embargo, como consecuencia de la falta de integración de una cultura de la mediación en España, con independencia de que el procedimiento de responsabilidad penal de menores contemple la posibilidad de acudir a las soluciones extrajudiciales, la realidad es que la mayoría de los abogados carece de los conocimientos y herramientas necesarios para su asesoramiento.

Entre las funciones propias de la defensa técnica el abogado debe poner en conocimiento de su cliente menor de edad así como de sus representantes legales el abanico de posibilidades que la Ley ofrece con el fin de que éste pueda formar una opinión. Esto incluye el asesoramiento sobre la finalidad y funcionamiento del proceso de mediación penal, en caso de ser posible acudir a esta vía por darse los requisitos del artículo 19 LORPM.

Llegados a este punto, el letrado tiene la obligación de respetar la voluntad del menor, quien habrá alcanzado una opinión formada gracias a un asesoramiento integral y veraz sobre las alternativas que la Ley le ofrece.

En caso de acudir a la vía extrajudicial, el rol del abogado sigue siendo fundamental en la medida en que debe acompañar al menor y asesorarle sobre las dudas que pueda suscitarle el proceso de negociación y toma de decisiones que se da en mediación.

El volumen de casos derivados a mediación penal por parte de los Juzgados de Menores es significativo, alcanzando un 16% en España y hasta un 20% en la Comunidad de Madrid en 2016.

⁵⁵ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, "Reglas de Beijing", Resolución 40/33 anexo 40 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 1985.

⁵⁶ Recomendación N R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

Por todo ello puede concluirse que las carencias formativas del abogado, tanto en materia de asesoramiento de menores como en materia de asesoramiento en vías alternativas de resolución de conflictos, puede constituir un riesgo en cuanto al respeto de las garantías y derechos que asisten al menor en el seno del procedimiento judicial.

En este sentido, pueden dejar de aprovecharse valiosas herramientas de reeducación y reintegración al pasar por alto las necesidades propias de su condición de menores así como los beneficios que supone acudir a este tipo de soluciones al margen del proceso judicial.

3.3.2. Reflexión sobre el enfoque paternalista o confrontativo de la defensa

De modo genérico y sin entrar en las consideraciones particulares de cada caso concreto podría afirmarse, según la concepción tradicional del abogado penalista, que el éxito profesional del letrado se basa, en gran medida, en su capacidad para obtener el resultado más favorable a los intereses de su cliente en juicio. Esto puede traducirse en la consecución de una pena inferior para el acusado de infracción penal, o incluso en la declaración de inocencia por parte del Juez.

Aunque no debe valorarse de forma categórica si la persecución de estos objetivos constituye la forma de defensa técnica más adecuada sin entrar previamente en las especialidades de cada caso, no debe olvidarse que la labor del abogado debe ir orientada a la defensa de los efectivos intereses de su cliente.

El problema puede surgir en el ejercicio de la defensa del menor de edad que ha infringido un precepto penal. En este sentido, cabe preguntarse si la actuación del letrado desde una actitud confrontativa puede resultar, en mayor o menor medida, beneficiosa para el defendido.

Teniendo en consideración que la educación y la reintegración del menor infractor son pilares fundamentales sobre los que se apoya la regulación del procedimiento de responsabilidad penal de menores, el abogado defensor deberá perseguir aquellos fines que resulten más adecuados a su superior interés prestando especial atención a la finalidad educadora de la LORPM.

Un nivel de conocimiento especializado en materia de menores puede contribuir a esclarecer qué respuestas por parte del sistema de responsabilidad penal pueden resultar más adecuadas a los intereses del menor infractor.

El procedimiento regulado por la LORPM incluye una serie de alternativas de alto potencial educativo, especialmente configuradas para los casos de menor gravedad en los que no procede la aplicación de medidas. Ante la comisión de infracciones de escasa relevancia, cuando no se han cometido de forma previa actos de similar naturaleza, el procedimiento judicial puede ser sobreesido.

Dándose estas circunstancias, el Ministerio Fiscal podrá acordar el sobreseimiento directo por considerar que el proceso judicial ha constituido reproche suficiente para el infractor o acudir a un proceso de mediación penal como medida complementaria o condicional a dicho sobreseimiento.

En el ámbito de los artículos 18 y 19 LORPM el letrado defensor del menor puede pronunciarse en el proceso judicial solicitando las respuestas que resulten más adecuadas al interés de su cliente. Por ello, se le faculta para instar la aplicación de la conciliación y la reparación cuando lo considere adecuado a los intereses del defendido.

De conformidad con los resultados obtenidos a lo largo de los últimos años sabemos que las contribuciones por parte de los programas de reparación extrajudicial son valorados de forma positiva, tanto por los agentes judiciales como por los profesionales implicados en el ámbito de la responsabilidad penal de menores y las víctimas o perjudicados por las conductas antisociales protagonizadas por éstos.

En el caso de la Comunidad de Madrid existe constancia de un alto grado de satisfacción manifestado por las personas que participan en las actuaciones mediadoras y reparadoras. Esto se debe a su potencial en cuanto a integración social de los menores que han participado en dichas experiencias así como el marcado carácter educativo que implica una actuación de este tipo desde el ámbito judicial dirigida a favorecer el aprendizaje desde formas de convivencia pro sociales⁵⁷.

En este sentido, PULIDO VALERO afirma que “mediar significa ayudar a que las personas enfrentadas puedan entender su conflicto de una forma más constructiva, intentando buscar formas colaborativas de solucionarlo. Todo ello en un ambiente seguro”⁵⁸.

Por ello, es una opinión cada vez más generalizada entre los agentes intervinientes en los procesos judiciales que implican a menores de edad el hecho de que la mediación es una propuesta más que positiva a la hora de afrontar y resolver este tipo de conflictos, no sólo por la posibilidad que ofrece de resolverlo sino también por el carácter educativo de dicha intervención al ofrecer formas alternativas más positivas para su resolución.

Cabe preguntarse si debemos movernos hacia roles más paternalistas en la defensa del menor infractor entendiendo su actuación desde la búsqueda del aprendizaje, integración social y prevención de la reincidencia del menor a través de las herramientas de solución extrajudicial.

Queda en manos del letrado la solicitud de acceso a estas vías, aún en los casos en que el propio sistema permita al fiscal de menores acordar directamente el sobreseimiento. Estos extremos deberán depender de las necesidades educativas, psicológicas, sociales y familiares del infractor en base a las cuales el letrado deberá proyectar su estrategia de defensa.

⁵⁷ CRESPO MARTÍN, C. y FRANCO YAGUE, J.F., “Mediación, respuestas educativas...”, op. cit., p. 33.

⁵⁸ PULIDO VALERO, R., “¿Es la Justicia Restaurativa una opción real?: análisis comparativo de dos programas de mediación con menores infractores”, en Revista de Mediación nº 1, España, 2008, p. 17.

Por último, cabe recordar que la adecuada formación y la capacitación profesional resultan fundamentales dada la especialidad del ámbito de la responsabilidad penal del menor.

4. Conclusiones finales

- En términos generales puede afirmarse que el funcionamiento de la administración de justicia en nuestro país resulta deficiente a ojos de la ciudadanía, que considera que la Justicia española es una institución organizativamente desfasada y funcionalmente ineficiente⁵⁹. Resulta cada vez más evidente la creciente necesidad de un cambio paradigma en la justicia. Conforme a las tendencias europeas e internacionales, el avance supone, en gran medida, la implantación de modelos y mecanismos que tengan en consideración las necesidades efectivas de las personas implicadas en los procesos judiciales en la línea de los modelos de justicia restaurativa.
- En materia de justicia de menores disponemos de un sistema garantista en el que han logrado implementarse ciertos mecanismos de contenido restaurativo como complemento al proceso judicial tradicional. Los agentes y órganos implicados en su funcionamiento cuentan con niveles de especialización elevados en relación al tratamiento de los menores, lo que favorece el acceso a las vías extrajudiciales en los casos en que, conforme a su superior interés, pudiera resultar más adecuado. Por un lado, cabe resaltar el papel de la Fiscalía de Menores en colaboración con el Equipo Técnico a la hora de derivar casos conforme a los instrumentos que ofrece la LORPM. Por otro, los Jueces de Menores también tienen un papel fundamental a la hora de optar por acudir a estas vías en las fases de audiencia y ejecución.
- En este contexto, el abogado defensor del menor parece haber quedado relegado a un segundo plano. Como ha quedado expuesto, la abogacía tiene ante sí varias asignaturas pendientes. La primera y más importante, la inclusión de los ADR entre los instrumentos de resolución de conflictos a los que puede acudir cuando, conforme al interés del defendido, ésta sea la vía más adecuada. Se trata de una obligación que ya ha quedado reflejada en los Códigos Deontológicos de la abogacía española y europea. Sin embargo, parece que en la práctica el asesoramiento conforme a este enfoque no se encuentra muy extendido. Por otro lado, puede resultar adecuada su especialización en materia de menores, lo que constituye un motivo de reflexión puesto que se trata

⁵⁹ Consejo General de la Abogacía Española, “La imagen de los Abogados y de la Justicia en la sociedad española: Barómetro Externo del Consejo General de la Abogacía Española 2015”, p. 9.

de una formación sólo exigida a los abogados que actúan dentro del marco del turno de oficio.

- A pesar de lo anterior, la abogacía se encuentra muy bien posicionada en el *ranking* de satisfacción conforme a la opinión ciudadana, lo que no puede olvidarse, especialmente en comparación con las valoraciones recibidas por el resto de instituciones vinculadas a la administración de justicia conforme al Baremo Externo del CGAE. Esto nos da una pista sobre el potencial de este colectivo como agente de cambio.
- En la medida en que nuestro sistema de justicia penal clama por una transformación hacia vías más “humanizadas” capaces de dar respuesta a los conflictos sociales, los agentes intervinientes en la administración de justicia han de responder a las exigencias de estas nuevas necesidades sociales. Esta transformación pasa por un enfoque de apertura y flexibilidad por parte de los profesionales implicados en los procesos judiciales, máxime tratándose de procedimientos que afectan a menores de edad donde la prioridad es su reeducación, recuperación y reinserción.
- Una Abogacía actualizada y consciente de las necesidades reales de los ciudadanos puede favorecer y contribuir a través su estrategia de defensa a una mayor aplicación de los mecanismos de contenido restaurativo que nuestro sistema de justicia ofrece.

5. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

A) Libros

- AYLLON, J., VV.AA., *Ejercicio profesional de la Abogacía*. Memento Práctico 2016 – 2017 del ICAM, España: Francis Lefebvre, 2016.
- BECERRIL, S., Defensora del pueblo, *Estudio sobre la escucha del menor, víctima o testigo*, Madrid, 2015.
- CGPJ, Guía práctica para la Mediación Intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial.
- DANDURAND Y., GRIFFITHS C. T., *Manual sobre programas de Justicia Restaurativa*, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Austria, 2006.
- GONZÁLEZ PILLADO, E; SOLETO MUÑOZ, H., VV.AA., *Proceso Penal de Menores*, Valencia: Tirant Lo Blanch, España, 2009.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*. España: Comares, 2007.
- MONTERO HERNANZ, T., *La Justicia Juvenil en España. Comentarios y reflexiones*. España: La Ley Wolter Kluwer, 2009.

- MORA ALARCÓN, J. A., *Derecho Penal y Procesal de Menores. Doctrina, Jurisprudencia y formularios*. España: Tirant Lo Blanch, 2002.
- PÉREZ JIMÉNEZ, F., *Menores Infractores: Estudio empírico de la respuesta penal*. España: Tirant Lo Blanch, 2005.
- PORTAL MANRUBIA, J., *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores*, España: Difusión jurídica y temas de actualidad, 2008.
- TIFFON NONIS, B.N., *Manual de consultoría en Psicología y Psicopatología Clínica, Legal, Jurídica, Criminal y Forense*, España: Bosch editor, 2008.

B) Artículos

- ALCÁZAR, M; BOUSO, J.C. y VERDEJO, A., “Análisis descriptivo de la actividad del Equipo Técnico de la Fiscalía de Menores de Toledo”, en *Anuario de Psicología Jurídica* 2015, España, 2014.
- ÁLVAREZ RAMOS, F., “Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores”, en *Revista de Servicios Sociales Zerbitzuan*, nº 39, España, 2001.
- BLANCO BAREA, J.A., “Responsabilidad penal del menor: Principios y Medidas Judiciales aplicables en el derecho penal español”, en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 8, España, 2008.
- CHAPMAN, T., “*European research on restorative juvenile justice*”, Vol. II, Bruselas, 2015.
- Consejo General de la Abogacía Española, “La imagen de los Abogados y de la Justicia en la sociedad española: Barómetro Externo del Consejo General de la Abogacía Española 2015”.
- CRESPO MARTIN, C. y FRANCO YAGUE, J. F., “Mediación: respuestas educativas y soluciones extrajudiciales en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista de Mediación* nº 11, España, 2012.
- CRUZ MARQUEZ, B., “La Mediación en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, 2005.
- GARCÍA-PÉREZ, O., “La mediación en el sistema español de justicia penal de menores”, en *Revista de Criminología* vol. 53, nº 2, Bogotá, 2011.
- GERMÁN MANCEBO I. y OCÁRIZ PASSEVANT E., “Menores infractores / Menores víctimas: Hacia la ruptura del círculo victimal”, en *Eguzkilore* nº 23, España, 2009.
- MARSHALL, T. F., “*Restorative Justice: An Overview*”. Home Office Research Development and Statistics Directorate. Reino Unido, 1999.
- NOVELLA, L., “Participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales”, en *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, Argentina, octubre 2010.

- PELÁEZ PÉREZ, V. “La defensa del menor. El interés Superior del menor”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, España, 2002.
- PULIDO VALERO, R., “¿Es la Justicia Restaurativa una opción real?: análisis comparativo de dos programas de mediación con menores infractores”, en *Revista de Mediación* nº 1, España, 2008.
- RIOS MARTÍN, J.C. y OLALDE ALTAREJOS, A.J., “Justicia restaurativa y mediación. Postulados para el abordaje de su concepto y finalidad”, en *Revista de Mediación* nº 8, España, 2011.

C) Códigos y textos legales

- Código Deontológico de la C.C.B.E. de los Abogados Europeos.
- Código Deontológico del Consejo General de la Abogacía Española.
- Constitución Española de 1978.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la Justicia del menor en la unión Europea” (2006/C 110/13).
- Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores Estatuto de la Víctima.
- Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Abogacía Española.
- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.
- Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.
- Instrucción nº 1/2017, de 24 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el “Protocolo de actuación policial con menores”.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Memoria de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la reeducación y reinserción del menor infractor. Madrid: 2016.

Memoria de la Fiscalía, Madrid: 2017, vol. I.

Recomendación nº R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para los países miembros acerca de la mediación penal.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, “Reglas de Beijing”, Resolución 40/33 anexo 40 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 1985.

Sentencia nº 17/1988, de 16 de febrero, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988.

Capítulo III

Mediación en los delitos cometidos por menores a través de las TIC

MARÍA DEL CARMEN BORRALLO TORRES

Master en Justicia Criminal. Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

El presente trabajo estudia una herramienta ya existente en nuestro ordenamiento jurídico: la justicia restaurativa en el marco de la justicia de menores, especialmente, el proceso de mediación. Se proponen y analizan diferentes respuestas en atención a las nuevas tipologías delictivas que surgen en nuestro entorno promovidas por la recurrente utilización de las TIC por los menores de edad.

Palabras clave: menores, TIC, mediación, redes sociales, delitos.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordará la cuestión del tratamiento de los delitos cometidos por menores a través del uso de las nuevas tecnologías, para darle un enfoque restaurativo. Es cierto, que nos centraremos en el estudio de tres delitos en concreto, que son los que recogemos como más relevantes a la hora de tratar las relaciones telemáticas entre menores: *cyberbullying*, *sexting* y *grooming*.

Al inicio, definiremos estos tres tipos delictivos en profundidad, con el fin de reconocer las conductas atípicas y poder establecer unas pautas para el posterior estudio del tratamiento de estos. ¿Por qué este tipo de delitos? Nos hemos querido centrar en una realidad imperante en nuestra sociedad: el uso de las nuevas tecnologías. Pensar en el acoso con contenido sexual o no entre menores ya no se puede estudiar únicamente en un plano personal, sino que la realidad cibernética está presente en nuestras vidas a lo largo de todo el día, y en el ámbito social de los menores con mayor incidencia. Por ello, hemos querido reflejar esto en un documento, tratando de entender no sólo los tipos delictivos sino la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico puede dar ante ellos. Estudiaremos, de esta forma, la incidencia de este tipo de delitos, cómo afecta a

los menores, cuántos casos se han dado, señalando de antemano que nos encontramos con una tipología que cuenta con mucha cifra negra por la escasez de denuncias.

Para ello, abordaremos el tema de la justicia de menores, cómo se organiza, cuáles son los principios que la diferencian de la justicia penal de adultos. Debemos colocarnos dentro de la realidad jurídica del menor para desde allí poder entender el contenido de la respuesta dada.

Del mismo modo, atendiendo a que el trabajo trata de defender el uso de la justicia restaurativa (más concretamente la mediación por ser la única herramienta legislada), se explicarán las condiciones en la que ésta se practica, así como sus aportes positivos dentro del sistema judicial.

Por último, se apuntarán una serie de objetivos señalados para la mediación en este tipo de casos.

2. DELITOS EN REDES Y COMUNICACIÓN TECNOLÓGICA

Se torna necesario, antes de comenzar a hablar de la conveniencia de la mediación o no en estos tipos penales, señalar a cuáles de ellos nos estamos refiriendo. Cuáles serán, por tanto, los delitos en los cuales se centrará el objeto de estudio y de entre los legislados como “delitos tecnológicos” cuáles realmente son susceptibles o mayoritariamente cometidos por menores.

De este modo, nos encontramos con que dentro de nuestro ordenamiento penal, este tipo de delitos están cobrando una gran importancia. Es cierto, que la mejora de las comunicaciones y la existencia de un mundo interconectado han supuesto muchas ventajas para la sociedad en su conjunto, sin embargo, éstas permiten en muchas ocasiones, la mayor facilidad para el delito. La posibilidad de realizarlo bajo una apariencia distinta, o escondidos detrás de una pantalla son circunstancias a las que todos los ciudadanos tenemos acceso. Las herramientas que ofrece la tecnología se presentan como un aumento del bienestar en muchos casos, pero como instrumentos delictivos en muchos otros¹. La revolución de la tecnología hace que las formas de comunicarse varíen y ofrezcan multitud de posibilidades, en algunos casos positivas, en algunos casos en sentido contrario². Sería extraño dar con un adolescente, que no contase con acceso a las nuevas tecnologías, a las redes sociales, ya que la tecnología forma parte de nuestra cultura diaria³.

¹ DE JORGE BRITO, O. y DE SANTIAGO HERRERO, F.J. “El ciberbullying o acoso juvenil a través de internet”, en *Revista de Estudios Clínicos e Investigación Psicológica*, Vol. 7, No. 14 Julio-Diciembre de 2017, p. 115.

² MORA MERCHAN, J.A.; ORTEGA, R. y SMITH, P.K. “El uso violento de la tecnología: el cyberbullying” en ORTEGA, R. (ed.) *Agresividad injustificada, bullying y violencia escolar*. Madrid: Alianza editorial, 2010, p.189.

³ CALMAESTRA VILLÉN, J; ORTEGA RUIZ, R. y MORA MERCHÁN, J.A; “Las TIC y la convivencia. Un estudio sobre las formas de acosos en el ciberespacio”, en *Investigación en la escuela*, Nº 64, 2008, p. 1.

Tras realizar una investigación sobre los delitos cometidos a través de las TIC hemos decidido centrarnos en tres tipologías delictivas: *cyberbullying*, *sexting* y *grooming*. Realmente, los delitos que se cometen a través de las nuevas tecnologías son muy numerosos, pero queríamos centrarnos en los que, por así decirlo, cuentan con una faceta social. Es decir, no nos interesaban, de cara a este estudio, los delitos de acceso a sistemas informáticos, datos, hacking... sino delitos en los que la víctima y el agresor tuviesen una relación directa. Por otra parte, hemos decidido desechar delitos como el enaltecimiento del terrorismo, que siendo de suma importancia, consideramos que no entra dentro de los parámetros de nuestro estudio. Además, no abordaremos a lo largo de este trabajo la relación de estos delitos con la violencia de género sino que nos limitaremos a sus tipos base, entendiendo las relaciones entre los actores del delito como “normalizadas”.

2.1. ‘Cyberbullying’

2.1.1. *Bien jurídico protegido*

Es relevante definir cuáles son los bienes jurídicos protegidos en estos casos, ya que la respuesta penal consecuente vendrá dada por el ataque a estos bienes. Se han venido definiendo como la libertad, el honor o la intimidad y la integridad moral.⁴

2.1.2. *Aproximación al fenómeno*

Si nos referimos a esta figura dentro del contexto penal debemos hacer varias consideraciones al respecto.

En un primer lugar, el *ciberbullying* se define como una conducta que es realizada por menores de edad contra menores de edad. Esto es así, porque de centrarnos en conductas del mismo tipo pero realizadas entre adultos deberíamos referirnos a ellas como *ciberstalking*⁵.

Además, señalar que cuando hablamos de *ciberbullying* estamos rechazando en la propia definición todo lo que tenga que ver con acoso sexual⁶, y nos centraremos en todas las figuras de acoso restantes, cuando no tengan un comportamiento sexual implícito. De esta manera, quedaría entendido como el *bullying* o acoso que se realiza a través de medios telemáticos, es decir, en el ciberespacio. En aras de poder entender correcta-

⁴ MIRÓ LLINARES, F. “Derecho Penal. Cyberbullying, y otras formas de acoso no sexual en el ciberespacio. Visto en Internet y redes sociales, un nuevo contexto para el delito”, IDP, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nº 16, 2013, p. 65.

⁵ DE JORGE BRITO, O. y DE SANTIAGO HERRERO, F.J. “El cyberbullying...”, op .cit., p. 116.

⁶ MIRÓ LLINARES, F. “Derecho Penal...”, op. cit., p. 63.

mente esta fenomenología, será necesario establecer de manera previa qué se entiende por *bullying* para más tarde adaptarlo a su condición en los medios telemáticos. Así, el *bullying* se ha venido entendiendo como la condición por la cual “un alumno está expuesto repetidamente y a lo largo del tiempo a acciones negativas de otro o un grupo de estudiante”⁷. Además, debemos tener en cuenta en todo momento el concepto de abuso de poder, como característica inherente a estas conductas. Insultos, intimidaciones, apelativos crueles, bromas pesadas, acusaciones injustas, rechazo, lanzar rumores, robos, amenazas, convertir a alguien en objeto de burlas, ridiculizar y humillar, pegar. Estas conductas son las que tradicionalmente se enmarcan dentro del concepto del *bullying*⁸.

De esta forma, el *ciberbullying*, como consecuencia directa, quedaría definido como “el abuso de poder continuado de un menor sobre otro realizado por medio del uso de las TIC”⁹ o “acto agresivo e intencionado, llevado a cabo de manera repetida y constante a lo largo del tiempo, mediante el uso de formas de contacto electrónicas, por parte de uno/s individuo/s contra una víctima que no puede defenderse fácilmente”¹⁰. Se entiende el ciberespacio como un lugar en el que los menores podrán compartir mucha información, intereses, gustos, pero además, un contexto en el que los participantes pueden desarrollar conductas de abuso, rechazo o intimidación hacia otros¹¹. Así, las TIC facilitan un nuevo instrumento para agredir con unos ingredientes que pueden traspasar el espacio y el tiempo¹². Es decir, se trata de emplear cualquiera de las posibilidades de uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para hostigar con ensañamiento a la víctima¹³.

Sin embargo, debemos tener en cuenta una serie de especificidades, es decir, las nuevas tecnologías producen una indefensión mayor en la persona de lo que podría producir un acoso cara a cara, y genera unos efectos en muchos casos más dañinos. Esto es, hay una serie de características que se definen dentro del *ciberbullying*, y que son propias de este tipo de acoso únicamente:

- Exige el dominio de las TIC. Es por ello que nos centramos en comportamientos realizados por adolescentes, porque como bien hemos señalado, son estas gene-

⁷ Definición de OLWEUS, D. en MIRÓ LLINARES, F. “Derecho Penal...”, op. cit., p. 64.

⁸ HERNÁNDEZ PRADOS, M.A Y SOLANO FERNÁNDEZ, I. “Ciberbullying, un problema de acoso escolar, en Revista Iberoamericana de Educación a Distancia”, vol. 10, núm. 1, 2007, Asociación Iberoamericana de Educación Superior a Distancia Madrid, Organismo Internacional, p. 21.

⁹ MIRÓ LLINARES, F. “Derecho Penal...”, op. cit., p. 64.

¹⁰ Definición dada por CEREZO en GIMÉNEZ PÉREZ, A., “Delitos, Internet y Redes Sociales: Perfiles Criminales en el Ámbito de la Cibercriminalidad Social”, en *Revista Skopein*, Año IV, Número 14, diciembre 2016, p. 35.

¹¹ CALMAESTRA VILLÉN, J; ORTEGA RUIZ, R; MORA MERCHÁN, J.A; “Las TIC...”, op. cit., p. 3.

¹² GIMÉNEZ PÉREZ, A., “Delitos, Internet y Redes...”, op. cit., p. 35.

¹³ HERNÁNDEZ PRADOS, M.A Y SOLANO FERNÁNDEZ, I., “Ciberbullying, un problema...”, op. cit., p. 23.

raciones las que se desarrollan conociendo de primera mano el uso de las nuevas tecnologías como algo intrínseco en sus vidas desde que nacen. Son sujetos que desarrollan parte de su personalidad a través del uso de las redes sociales¹⁴.

- Se trata de una forma de acoso indirecto. El acosador no se manifiesta como él mismo, sino que adopta una apariencia, incluso pudiendo ocultar su identidad¹⁵. Dentro de esta característica podemos definir dos tipos. Por un lado, el hecho de que el agresor sea un total desconocido o que sea un compañero escolar que además del *bullying* presencial, decide perpetrar actos a través de medios telemáticos¹⁶. Cabe señalar, que en multitud de ocasiones la víctima de este delito previamente ha sido expuesta a conductas de *bullying* por parte de sus compañeros, y derivado del uso de las nuevas tecnologías, estas conductas se trasladan a este ámbito. Las personas que son víctimas de acoso en la escuela, suelen serlo también en línea, lo cual supone un peligro aun mayor, porque este rol se adquiere en la escuela pero se traslada a los espacios exteriores a través de las TIC. De esta forma, circunstancias que hasta entonces sólo se daban en el ámbito educativo pasan a nuevos escenarios¹⁷. Sin embargo, conviene señalar que este aspecto no es necesario, se puede dar en ambas ocasiones, es decir, el ciberacoso puede producirse de forma separada del *bullying*¹⁸.
- Se recogen, además, diversos tipos o formas de manifestar el acoso a través de las TIC's. Debemos tener en cuenta, que las conductas enmarcadas dentro del *ciberbullying*, al no tener una definición expresa dentro del Código Penal¹⁹, pueden manifestarse de formas muy diversas. Es decir, no vamos a tener una única conducta señalada como propia, sino que dentro de la propia definición se pueden enmarcar varios comportamientos por parte del agresor. Las conductas más habituales dentro de este fenómeno serían²⁰:

- El envío de mensajes amenazantes o abusivos a través del correo electrónico.
- La mensajería instantánea o el chat.
- Mediante llamadas amenazantes, insultantes o coactiva (insulto o calumnia leve y grave).

¹⁴ *Ibíd.*, p. 26.

¹⁵ MORA MERCHAN, J.A.; ORTEGA, R; SMITH, P.K. "El uso violento...", op. cit., p. 194.

¹⁶ HERNÁNDEZ PRADOS, M.A Y SOLANO FERNÁNDEZ, I., "Ciberbullying, un problema...", op. cit., p. 26.

¹⁷ MORA MERCHAN, J.A.; ORTEGA, R; SMITH, P.K. "El uso violento...", op. cit., p. 189.

¹⁸ GIMÉNEZ PÉREZ, A., "Delitos, Internet y Redes...", op. cit., p. 35.

¹⁹ MIRÓ LLINARES, F. "Derecho Penal...", op. cit., p. 63

²⁰ *Ibíd.*, p. 64.

HERNÁNDEZ PRADOS, M.A Y SOLANO FERNÁNDEZ, I., "Ciberbullying, un problema...", op. cit., pp. 28-32.

CALMAESTRA VILLÉN, J; ORTEGA RUIZ, R; MORA MERCHÁN, J.A; "Las TIC...", op. cit., p. 4.

- Mediante el envío de imágenes, vídeos o el envío de software malicioso o de material pornográfico u ofensivo para dañar a la víctima.
- La publicación de información falsa sobre la víctima.
- La suplantación de identidad con fin de burla, de obtener información o de dañar de cualquier modo al sujeto.
- La incitación a otras personas al acoso o a proferir amenazas o a agredir a la víctima, por ejemplo mediante la creación de grupos o páginas web.
- El acoso invade ámbitos de privacidad y aparente seguridad como es el hogar familiar, desarrollando la indefensión del menor afectado. El acoso a través de las TIC tiene la capacidad de englobar todos los aspectos de la vida de una persona. Cabe destacar que, con el acoso escolar personal, el menor cuando llega a su casa tiene un ámbito, en principio, donde sentirse seguro, recogido. Sin embargo, cuando hablamos de *ciberbullying*, esta esfera privada queda sumergida en este ciclo de violencia.
- El acoso se hace público, se abre a más personas rápidamente. Las redes sociales son de carácter público. Si decido compartir algo por la red, se quedará ahí registrado de por vida.

2.1.3. *Tratamiento penal*

Como ya hemos visto, las conductas que se enmarcan dentro de esta definición son numerosas. Sin embargo, esto no impide que se encuadren dentro de alguno de los tipos penales existentes²¹. No obstante, aun teniendo encaje en el Código Penal, como estamos hablando en todo momento de menores de edad, la responsabilidad derivada de la comisión de un delito vendrá señalada por la LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor²². Por lo tanto, será necesario que quede recogido en el Código Penal de cara a conocer los preceptos en los que se podría considerar punible, pero la responsabilidad la determinará la ley específica.

Las conductas que engloban el *ciberbullying* podrían acomodarse en los siguientes tipos penales²³:

- Acciones contra la integridad moral. Este tipo se ha venido aplicando con carácter general por la jurisprudencia cuando hablamos de un tipo de acoso permanente en el tiempo²⁴. Realmente, este es el tipo penal más aplicado, ya sea por delito continuado, o por un solo acto que haya causado tanto menoscabo que pueda integrarse en este ámbito, como puede ser la difusión de imágenes.

²¹ DE JORGE BRITO, O. y DE SANTIAGO HERRERO, F.J. “El ciberbullying...”, op .cit., p. 115.

²² Artículo 19 de la LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores.

²³ DE JORGE BRITO, O. y DE SANTIAGO HERRERO, F.J. “El ciberbullying...”, op .cit., pp. 125 y 126.

²⁴ MIRÓ LLINARES, F. “Derecho Penal...”, op. cit., p. 65.

El tipo queda recogido en el artículo 173.1 del Código Penal, y definido como “el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”. Añadido a ello, si se producen además actos de acoso presencial, se podría enmarcar dentro de la especificidad del artículo 177 que señala que si en los “delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley”.

- Inducción al suicidio. Podríamos decir que se podría enmarcar dentro de este tipo penal todas aquellas conductas que por acoso continuado acaban en el suicidio del menor. Es tipo penal queda recogido en el artículo 143.1 de la siguiente forma: “el que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años”.
- Amenazas (arts. 169 al 171 CP) mediante la intimidación y chantaje de publicación de vídeos o imágenes comprometidas. Tenemos varias posibilidades. El hecho de que se recoja como “el que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico”. Es decir, la amenaza de un delito contra su persona o sus allegados, uno de los delitos comprendidos en el Código Penal. Por otro lado, el caso de que las conductas amenazantes no sean constitutivas de delito. Es importante el hecho de que el sujeto activo debe haber cumplido su propósito, es decir, que profiere una amenaza que tiene que tener consecuencias en las acciones del sujeto pasivo que procede a realizar alguna acción como consecuencia de la amenaza. Esto queda recogido en el apartado 2 de dicho artículo “si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito”. Añadido a ello, hay una circunstancia agravante que ya se recoge en el tipo relativa a este tipo de delitos cometidos a través de medios tecnológicos, por lo tanto, podemos concluir que realmente este tipo penal se podría asemejar bastante a las definiciones dadas de *ciberbullying*. El agravante queda recogido de esta forma: “Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos”.
- Coacciones. Este tipo que se recoge en el artículo 172, también llama la atención por encajar de manera perfecta en la definición del *ciberbullying*. De he-

cho, en su apartado primero dice que se considerarán coaccionador “el que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”. La violencia al ser realizada por las redes puede tratarse de violencia verbal o psicológica, o incluso que también vaya acompañada de lesiones en el ámbito escolar. Además, nos encontramos en el mismo tipo recogido que “el que cause a otro una coacción de carácter leve” también incurrirá en responsabilidad penal a través de una multa. Es decir, que no hace falta ni siquiera que los actos de *ciberbullying* a través de las redes se entiendan como sumamente graves.

- Injurias y calumnias. Estos comportamientos delictivos vienen señalados en los artículos 205 y siguientes del Código Penal y se caracterizan por atentar contra el honor y la dignidad de la víctima. Realmente guarda cierto parecido con el ya mencionado delito contra la integridad moral, que como hemos dicho es el que más se viene aplicando en casos como estos. Pues bien, la calumnia queda definida como “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Este aspecto cobra importancia en la conducta de grupos en los que se manifiestan y critican conductas realizadas por la víctima cuando estas pueden no ser ciertas. Por otra parte, las injurias quedarán definidas como “la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Sin embargo, en este caso sí que se especifica que deben ser de carácter grave, es decir, no cualquier mentira proferida contra una persona puede ser delito ya que si no sería imposible garantizar la no realización de esas conductas a través de los tribunales. Sin embargo, a este tenor, hay que tener en cuenta un aspecto recogido en el artículo 211, que señala que habrá actos (de calumnias o de injurias) que se puedan entender realizados con publicidad, esto es “cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”. Podríamos entender como cualquier medio de eficacia semejante el uso de las TIC para colocar esa información en el ciberespacio.

2.2. ‘Sexting’

2.2.1. *Bien jurídico protegido*

En este caso, y dado que hablamos de conductas meramente sexuales, los bienes jurídicos protegidos, aun teniendo que ver con los redactados en el caso anterior, serían: intimidad, la propia imagen o ambos. En este punto, cabe destacar que hay una numerosa discusión doctrinal sobre cómo debe considerarse, pero que no explicaremos por falta de espacio.

2.2.2. Aproximación al fenómeno

Como nos ha ocurrido al definir el *ciberbullying*, nos damos cuenta de que el *sexting* puede englobar varias conductas, no quedando sujeta su definición a una sola. Así, podríamos entenderlo como “aquellas conductas o prácticas entre adolescentes consistentes en la producción, por cualquier medio, de imágenes digitales en las que aparezcan menores de forma desnuda o semidesnuda, y en su transmisión a otros menores, ya sea a través de telefonía móvil o correo electrónico, o mediante su puesta a disposición de terceros a través de Internet”²⁵ o por otra parte, “la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico”²⁶. Es decir, realmente se parece mucho al fenómeno ya estudiado, pero con un pequeño matiz: las fotos o el contenido siempre van a tener un contenido sexual, afectando de esta forma a otros ámbitos de la personalidad de los menores.

Ante este punto cabe destacar, que los casos que se dan de *sexting* entre menores suelen surgir de noviazgos que no acaban bien. Como consecuencia de la propia impulsividad e inconsciencia de los menores de edad, que no ven en el uso de las nuevas tecnologías un peligro potencial²⁷, se pueden llegar a situaciones como las descritas. No son extraños los casos de menores tratan de experimentar con su sexualidad a través de la realización de fotos con sus teléfonos móviles. Cuando tienen un noviazgo tienden a mandar esas fotos a su pareja, con el fin de seguir experimentando y lamentablemente, en muchos casos, esas fotos acaban en la red. Todo ello es consecuencia de lo que venimos explicando desde el principio del trabajo: las TIC como parte intrínseca de la vida de los adolescentes. El experimentar con la sexualidad, hoy en día, viene estrechamente relacionado con las nuevas tecnologías. Esto entraña un peligro muy grande, porque el ciberespacio no conoce límites²⁸. La información puede ser transmitida de forma muy fácil y rápida.

En consecuencia, para poder entender mejor el fenómeno vamos a diseminar los diferentes elementos que deben estar presentes en este tipo de conductas²⁹.

- Producción de una imagen. Esta imagen, puede provenir de una producción propia, de producción ajena pero con consentimiento del protagonista y, por último, ser de carácter robado, lo que acarreará más problemas.

²⁵ AGUSTINA, J.R., “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, núm. 12-11, p. 3.

²⁶ MENDO ESTRELLA, A., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, p. 3.

²⁷ FAJARDO CALDERA, M.I., “SEXTING: nuevos usos de la tecnología y la sexualidad en menores”, en *International Journal of Developmental and Educational Psychology. Asociación Nacional de Psicología Evolutiva y Educativa de la Infancia, Adolescencia y Mayores*, vol. 1, núm. 1, 2013, p. 523.

²⁸ AGUSTINA, J.R., “¿Menores infractores...”, op. cit., p. 6.

²⁹ FAJARDO CALDERA, M.I., “SEXTING: nuevos usos...”, op. cit. p. 523.

- El contenido de la imagen. La imagen indudablemente para encontrarnos dentro de esta definición debe contener carácter sexual, erótico, pornográfico...
- La capacidad de identificación del sujeto fotografiado. Es decir, no es lo mismo una foto en la que sólo se haga alusión a las partes íntimas de una persona, que una foto en la que se vea la cara, y todo el cuerpo, que conllevará un ataque a la intimidad más grave.
- La edad del fotografiado. En este caso, nos centraremos en conductas realizadas por menores a otros menores. Sin embargo, no siempre es fácil averiguar la edad del sujeto, como hemos dicho, por las fotografías con las que se cuenta, ya que no queda claro a simple vista.

2.2.3. *Tratamiento penal*

Dentro del tratamiento penal de este tipo de conductas nos encontramos con un problema de gran envergadura. Los menores que faciliten estas imágenes a otras personas podrían estar incurriendo en un delito de pornografía infantil.

Sin embargo, al margen de esa situación el tipo penal del *sexting* si se encuentra recogido de manera concreta en nuestra legislación, si bien es cierto que se ha avanzado mucho, con diferentes reformas sobre estos temas tan controvertidos³⁰. De esta forma, podemos englobar el tipo del *sexting*, o bien en algunos de los tipos explicados en el *ciberbullying* si así lo considerase el Tribunal, pero sobre todo y de manera más notable, el artículo 197.7 del Código Penal. En el mismo, queda establecido como delito la conducta del “que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”. Además, en este mismo tipo se utilizará el tipo agravado si la víctima fuera menor de edad, aspecto que en nuestro caso, se da. Este tipo penal pasa a incorporarse a nuestro sistema jurídico a partir de la aprobación de la LO 1/2015 como parte del título de delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio³¹.

Por otra parte, cobra importancia en el caso que nos ocupa, el caso de los menores, que se podría dar un tratamiento penal distinto. Se podrían enmarcar las conductas señaladas dentro de un delito de pornografía infantil. Este tipo viene recogido en el art. 189 CP y señala lo siguiente: “el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere,

³⁰ Concretamente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³¹ MENDO ESTRELLA, A., “Delitos de descubrimiento...”, op. cit., p. 6.

ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil, o lo poseyere para estos fines”. Cobra especial importancia además en este punto, la definición de pornografía infantil dada por el legislador en este mismo artículo. Los elementos que se consideran necesarios son los siguientes:

- Material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- Toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexual.
- Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.
- Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

Como nos movemos en el ámbito de menores que realizan conductas contra menores, siempre lo podríamos considerar pornografía infantil. Sin embargo, cabe destacar en este punto, la finalidad del presente trabajo. Desde la perspectiva de la justicia restaurativa trataremos de dar otra respuesta ante la comisión de este tipo de delitos, ya que considerando que en la mayoría de los casos los menores no tratan de difundir pornografía infantil, sino simplemente vengarse o difundir una información, que para ellos, desde mi punto de vista, no consideran de la importancia que realmente tiene. Otra vez aparece la inconsciencia y el mal uso de las TIC por desconocimiento y mala fe.

2.3. ‘Child grooming’

2.3.1. *Bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido cuando nos encontramos en este tipo de delitos, por ser de naturaleza sexual y por ser el sujeto pasivo un menor de edad (menor de 16 años concretamente), será la indemnidad sexual, entendida como el correcto desarrollo y formación de la vida sexual. De esta forma viene recogido en la Exposición de Motivos de la LO5/2010 que señala que estos delitos “lesionan no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un con-

sentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”³².

2.3.2. Aproximación al fenómeno

Cuando estamos hablando de esta forma delincencial, ya el propio nombre del delito nos señala varios aspectos importante en su definición. En primer lugar, el hecho de que la primera palabra que señale sea *child* (“niño” en inglés), nos indica que es un delito que se cometerá sólo contra menores de edad, y que su tipificación viene dada precisamente por la importancia del sujeto pasivo sobre el que recae la acción. Por otro lado, el *grooming*, se entiende como “preparar o entrenar a alguien para un trabajo importante o cargo”³³. Partiendo de esta traducción literal de los términos, cabe destacar que en la doctrina se presenta una dificultad a la hora de establecer una definición concreta de este fenómeno, dando lugar las diferentes definiciones no tanto a una enunciación completa³⁴ sino a elementos que conforman el tipo delictivo³⁵. Una definición aproximada de lo que entendemos como *grooming* podría ser los “comportamientos que un adulto lleva a cabo para establecer vínculos de confianza con un menor a fin de mantener relaciones sexuales con el mismo, explotarlo sexualmente o bien utilizarlo con fines pornográficos”³⁶. Otra forma de definición podría ser “el proceso a través del cual un posible abusador entabla amistad con un niño en un intento de ganarse la confianza del mismo, lo que lo capacitará para que el niño consienta actividades abusivas”³⁷.

Cabe destacar, a este tenor, que el *child grooming* en realidad abarca conductas que no se enmarcan solo dentro del contexto telemático³⁸, sino que también pueden ser acciones que se llevan a cabo cara a cara³⁹. En nuestro caso, nos centraremos en el denominado “*online child-grooming*”, aunque nos referiremos a él simplemente como *child grooming*. De esta forma, el concepto online dotará del aspecto específico a estas con-

³² Apartado XIII Exposición de Motivos LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³³ GÓRRIZ ROYO, E., “Online Child Grooming”, en *Derecho Penal español, Revista InDret*, Barcelona, julio de 2016, p. 5.

³⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, p. 640.

³⁵ GÓRRIZ ROYO, E., “Online Child Grooming”, op. cit., p. 5.

³⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, en *ADPCP*, Vol. LXV, 2012, p. 183.

³⁷ Definición de Gillespie vista en VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática...”, op. cit., p. 645.

³⁸ GÓRRIZ ROYO, E., “Online Child Grooming”, op. cit., p. 7.

³⁹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro...”, op. cit., p. 183.

ductas sabiendo que se proyecta sobre niños y adolescentes y se manifiesta empleando internet, redes sociales, a través de chats, móviles, etcétera⁴⁰. Los elementos, por tanto, que configurarían la definición serían los siguientes:

- Proceso gradual. Es decir, no es una conducta que se consuma desde el primer momento, sino que abarca todo un procedimiento de actuación.
- Acercamiento a un menor. Intento de conseguir una amistad con él, una relación más estrecha, ir consiguiendo confianza⁴¹.
- Relación estrecha. En este momento, se llega a una relación en la que las partes hablan de sus diferentes intereses, con confesiones personales e íntimas⁴².
- Con pretensiones de un acercamiento de carácter sexual. Esta sería la finalidad de los sujetos activos de este delito. Se trata de que la comunicación con el menor pase a términos puramente sexuales con intenciones de que el mismo participe de forma activa en actos de naturaleza sexual, grabación de imágenes o toma de fotografías⁴³.

En este punto, cabe destacar el hecho de que aunque estas conductas son recogidas mayormente con una finalidad de penalizar a los adultos, también son conductas que pueden darse entre menores de edad. Sin embargo, los aspectos a estudiar serán más complicados, ya que en el caso de los menores, salvo la fase de petición de aspectos de carácter sexual, las demás conductas preparatorias no pueden ser consideradas delictivas, y en el caso de los adultos sí⁴⁴.

2.3.3. *Tratamiento penal*

Este tipo penal encuentra su regulación expresa en el artículo 183 ter del C.P., que señala literalmente, en su apartado primero, que incurrirá en delito “el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento”. De esta misma forma, se entenderá que incurre en delito un sujeto que, según el

⁴⁰ GÓRRIZ ROYO, E., “Online Child Grooming”, op. cit., p. 7.

⁴¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática...”, op. cit., p. 644.

⁴² MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso de menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013, p. 99.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Predadores sexuales online y menores: grooming y sexting en adolescentes”, en *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, Número 2, Zenbakia, 2017, p. 2.

apartado segundo, “a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor”. Este artículo se añade a partir de la reforma del Código Penal con la Ley Orgánica (en adelante, LO) 1/2015, hasta entonces recogido en el artículo 183 bis con la LO 5/2010.

Cabe destacar, que ya se considerará delito el mero hecho de proponer un contacto con el menor, no siendo necesario que se llegue a producir el encuentro⁴⁵. El contacto tecnológico con el menor es lo que determina la peligrosidad. Es decir, este tipo de linluencial es un llamado “delito de peligro”. Así, y como bien recoge una STS, “la naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien”⁴⁶. Esto, como hemos venido diciendo, genera dificultades a la hora de imputar este delito a menores de edad, de hecho, hoy en día sólo hay una sentencia en todo el territorio nacional que condena a un menor por tales actos, proveniente del Juzgado de menores de Orense, del 13 de mayo de 2013⁴⁷. En dicha sentencia se condena a un menor (de 17 años que establece contacto con una de 12), recordando los aspectos necesarios para que se dé el delito de la siguiente manera: “a) contactar con un menor de trece años; b) a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y comunicación; c) proponerle concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos previstos en los arts. 178 a 183 y 189, y en último lugar, d) acompañar tal propuesta de actos materiales encaminados al acercamiento”. En el apartado c) aun menciona el artículo 178 dado que es una sentencia previa a la reforma del 2015, donde este delito existía pero no se encontraba ubicado en el artículo actual⁴⁸. Si nos ceñimos *strictu sensu* a lo establecido en la legislación, este tipo penal, efectivamente, sería aplicables a menores de edad, ya que en la LO 5/2000 queda regulado, en su artículo 1 que “esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”. Es decir, todas las conductas establecidas dentro del Código Penal pueden ser aplicadas a menores de edad, y el *grooming* es una de ellas.

Otro aspecto fundamental cuando estudiamos este tipo de conductas que se regula en el Código Penal es la excepción recogida en el artículo 183 quáter del mismo cuerpo normativo, que cobrará especial importancia a la hora de imputar el delito a menores

⁴⁵ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, p. 10.

⁴⁶ STS 24.02.2015 en GÓRRIZ ROYO, E., “Online Child Grooming”, op. cit., p. 17.

⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de Online...* op. cit., p. 160

⁴⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática...”, op. cit., p. 697.

de edad. De esta forma, queda establecido que “el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. Esto es, personas que pueden considerarse cercanas a la víctima, y cuando esta haya manifestado su consentimiento. En estos casos me viene a la mente el ejemplo de unos adolescentes en una relación de noviazgo en los que las conversaciones mantenidas por medios telemáticos inciten a uno de ellos a mandar cierto contenido, pero que es consentido por ambos. En sentido contrario, podríamos entender que el no consentimiento será determinante en la aplicación del tipo. No será necesaria una negativa rotunda del menor para afirmar la no existencia de consentimiento⁴⁹.

3. LA JUSTICIA DE MENORES FRENTE A LOS DELITOS COMETIDOS MEDIANTE EL USO DE LAS TIC

3.1. Aproximación a la justicia de menores

3.1.1. Principio de especialidad

En primer lugar, es necesario abordar la cuestión de que cuando tratamos con menores de edad que han cometido un delito, no debemos darles el mismo tratamiento que a los adultos, sino que la legislación a la que se encuentran sometidos por haber realizado ciertos actos delictivos es diferente. Es decir, lo que jurídicamente, llamamos el “principio de especialidad”. De esta manera, entendemos el principio de especialidad como el paso de la aplicación de una regla más amplia (que sería el Código Penal), que afecta a todo un género (población delincuencia en su conjunto), a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género (LO 5/2000)⁵⁰. Es decir, partimos realmente de las conductas delictivas entendidas como tal en nuestro Código Penal general, pero la respuesta ante los mismos no corresponderá establecerla según este Código, sino que debemos, usando este complementariamente, atender a lo dispuesto en la normativa específica.

Así, partimos de la base de la comisión de un delito. Sin embargo, ya el Código Penal español nos señalará en su artículo 19 que “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.” Además, “cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Esto no es más que

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 700.

⁵⁰ TARDÍO PATO, J.A., “El principio de especialidad normativa (Lex Specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 162. Septiembre- diciembre 2003, p. 4

la especialidad de la jurisdicción, intentando buscar una respuesta diferente que viene dada por el especial carácter de los sujetos a los que iría dirigido el tratamiento. De esta forma, este carácter especial de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, viene dado por diferentes factores. Como punto de partida, la necesidad y establecimiento de una ley que únicamente atiende a los comportamientos delictivos de sujetos menores de edad, ya supone el hecho de que nos encontramos ante un proceso de carácter especial⁵¹.

Por lo tanto, el primer motivo y formador del resto que impulsan la especialidad es la edad. Este aspecto que ha sido estudiado por otras jurisdicciones como la civil, encuentra matices dependiendo de la jurisdicción en la que nos encontramos, la motivación y finalidad de la imposición de a mayoría y minoría de edad es diferente. En la misma Constitución Española, se encuentra recogida la diferencia entre ambos rangos de edad a partir de los dieciocho años, más concretamente en su artículo 12. Esta diferenciación de momentos vitales responde a la necesidad de atender a las características concretas de los sujetos de intervención, al desarrollo y la manera de pensar, que encuentra notables diferencias con el ámbito de los adultos⁵². Es decir, la principal motivación que conlleva la diferenciación entre los adultos y los menores es el menor grado de desarrollo, la menor madurez y las competencias sociales que se suponen para llevar una vida en sociedad, basadas en la realidad social y personal del adolescente⁵³. De esta manera la LO 5/2000 ya recoge “que asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector”⁵⁴. Por lo tanto, la finalidad de las penas, aunque en cierto modo parecidas, podríamos decir que entrañan un contenido diferente y que por ello debemos aplicar este principio de especialidad.

Por otro lado, las necesidades especiales y su mayor vulnerabilidad frente a los efectos negativos del proceso penal y de la pena⁵⁵. Es decir, se trata de garantizar de una determinada protección a los menores, que no se encuentra prevista en el Derecho Penal de adultos. Si bien es cierto que en ambos procesos las garantías procesales son las mismas, como bien se recoge en la misma LO 5/2000, “se rechazan expresamente otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos”, como pueden ser “proporcio-

⁵¹ SALA DONADO, C., “Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal”. Tesis doctoral. Universidad de Girona, p. 4.

⁵² Ídem.

⁵³ COUSO, J., “La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, Chile, 2012, p. 8.

⁵⁴ Exposición de Motivos LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor. Punto I.4.

⁵⁵ Ídem.

nalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma”. Es decir, siendo en ambos casos una respuesta penal, no podemos hablar de la misma manera de articularla. De este modo, “se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor”⁵⁶.

Otro aspecto en el que nos encontramos reflejado el principio de especialidad es en la diferenciación dentro del rango de edad susceptible de respuesta por la LO 5/2000. De esta forma, las aplicaciones del derecho se encontrarán divididas en dos rangos: catorce a dieciséis años, y dieciséis a dieciocho años. Como consecuencia, dentro de la diferencia con el ámbito penal de adultos, además hay otra diferencia según momentos vitales.

3.1.2. *Principio de superior interés del menor*

Todo lo estudiado en relación con el principio de especialidad, conlleva inevitablemente el hecho de que las penas se vean limitadas en su ejecución. De una manera concreta, podemos ver cómo la respuesta al delito se entenderá como pena dentro del marco del derecho penal de adultos. Sin embargo, cuando pasamos a trabajar en el ámbito de los menores de edad penal, ya no le aplicaremos este calificativo, sino que todas las consecuencias penales de la actividad delictiva cometida pasarán a ser llamadas medidas. Ya en esta primera diferenciación, observamos el carácter menos represivo del que se trata de dotar al Derecho Penal aplicable a estos sujetos, cuidando incluso el lenguaje jurídico.

Pues bien, dentro de la finalidad de las medidas aplicables a los menores, tal y como señala la propia ley, debe primar “el interés superior del menor”⁵⁷, pudiendo de esta manera tener una “flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto”⁵⁸. Por consiguiente, las medidas deben establecerse siempre teniendo en cuenta la previsión de resultados que entrañen un carácter positivo para el menor⁵⁹. De esta forma, el carácter retributivo que conocemos derivado de las penas por la comisión de un delito queda relegado a un segundo plano, estableciendo dentro de la imposición de las medidas un matiz retributivo, pero mayormente educativo y resocializador⁶⁰. El interés superior del menor, por tanto, sería entendido como el interés de su educación y libre desarrollo de su personalidad⁶¹, y

⁵⁶ *Ibídem*, punto II.7.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ *Ibídem*, Punto II.6.

⁵⁹ GÓNZALEZ PILLADO, E., *Mediación con menores infractores en España y países de su entorno*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 56.

⁶⁰ GÓMEZ HIDALGO, J.I., “Estudio de las medidas establecidas en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Revista Baylio*, Ilustre colegio de abogados de Ceuta, Nº 4, p. 57.

⁶¹ *Ibídem*, p. 42.

como consecuencia, las actuaciones competentes no podrán ir encaminadas en otra línea. Por lo tanto, la finalidad de las medidas no vendría entendiéndose como prevención general, sino como una prevención especial, aplicada directamente sobre el menor infractor, evitando el carácter afflictivo de las penas⁶².

3.1.3. Principio de intervención mínima

Cuando hablamos de flexibilidad de las penas, debemos hacer mención al principio de intervención mínima, que, si bien se viene entendiendo como derivación de todo lo explicado, adopta una especial importancia dentro del régimen jurídico al que nos referimos. Por consiguiente, se debe “dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia del mismo, al resarcimiento anticipado (...)”⁶³. Este principio cobrará una enorme importancia en el tema de estudio del presente trabajo, atendiendo a la posibilidad de otras formas de resolver el conflicto de manera menos dañina, más flexible, y en búsqueda de una mayor capacidad educativa y resocializadora de la respuesta dada. De esta forma, el carácter de última ratio del Derecho Penal adquiere un papel todavía mayor en el ámbito de los menores, procurando no crear respuestas más dañinas que reparadoras.

Por consiguiente, en la LO 5/2000 vendrán reguladas las diferentes medidas y duración que se pueden aplicar a los menores, quedando establecidas de dicha forma:

- Delitos leves. Amplio margen de flexibilidad para el Juez. Vemos como en esta legislación, el Juez posee mayor libertad en la imposición de las medidas, aspecto que es impensable en la aplicación de la legislación adulta, donde el órgano juzgador debe limitarse a los marcos y exigencias establecidas por el legislador.
- Delitos menos graves. Dentro de las respuestas recogidas para estos delitos, nos encontramos con tres posibilidades de sanción. Entre las opciones, hay unas medidas más restrictivas y con mayor dureza, como es el internamiento en régimen cerrado, y por otro lado, unas menos represivas, como las prestaciones en beneficio de la comunidad y permanencia de fin de semana.

Vemos como, los delitos considerados de mayor gravedad en el ámbito de adultos aquí pasan a ser menos graves, y se puede imponer una medida más leve.

- Delitos graves. Para esta tipología delictiva si es cierto que nos encontramos con la única posibilidad de internamiento en régimen cerrado.

⁶² *Ibidem*, p. 58.

⁶³ Exposición de Motivos LO 5/2000... *op. cit.*, punto II.9.

3.2. Mecanismos de finalización anticipada del proceso judicial

Dentro del procedimiento de la aplicación de la norma penal en los menores, nos encontramos con mecanismos que permiten la finalización del proceso judicial o la intervención penal desde otro ámbito. Sin embargo, antes de explicar a fondo dichos mecanismos se torna necesario establecer unas pautas generales sobre el derecho procesal del menor. Esto es, debemos tener en cuenta que el proceso de instrucción es llevado a cabo por el Ministerio Fiscal, singularidad de este proceso⁶⁴. Ello deriva en la facultad que poseerá el mismo para adoptar determinadas soluciones extrajudiciales, que son nuestro objeto de estudio⁶⁵.

Pues bien, el Ministerio Fiscal es el encargado de realizar lo que en el proceso penal de adultos llamaríamos las diligencias de investigación, que en el proceso que nos encontramos llamaremos diligencias preliminares. Una vez concluidas dichas diligencias nos podemos encontrar con diferentes opciones. Por un lado, el decreto de incoación del expediente de reforma, que implicaría continuar con el proceso penal al uso, es decir, judicializar el proceso. Por otro lado, nos encontraríamos con una serie de circunstancias que darían lugar a otras decisiones. Pasamos a mencionarlás. Todo ello viene derivado del principio de oportunidad, precisamente por la especialidad de la legislación, en la que la reeducación y la reinserción deben ser los motores principales, y que dota de la capacidad a Ministerio Fiscal y Equipo Técnico de tomar proponer o tomar decisiones para finalizar el proceso de manera anticipada⁶⁶.

3.2.1. Durante la fase de diligencias preliminares

Este tipo de decisiones serán tomadas por el Ministerio Fiscal teniendo en cuenta las diligencias de investigación practicadas por el mismo, que darán lugar a la finalización del proceso penal⁶⁷.

- Decreto de archivo de las diligencias preliminares. Nos lo encontramos regulado en el artículo 16.2 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante, LORPM), quedando recogido que el Ministerio Fiscal puede “resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido”. Es decir, el Ministerio Fiscal puede archivar las

⁶⁴ ZARAGOZA TEJADA, J.I., “La mediación y la Justicia Restaurativa en el procedimiento penal del menor”, en DE LA CUESTA, J.L. y SUBIJANA, I.J. *Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 389.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 391.

⁶⁶ GÓNZALEZ PILLADO, E., *Mediación con menores...* op. cit., p. 60.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 56.

actuaciones cuando considere alguna de estas dos circunstancias. Esto conllevará el final del proceso y por tanto, la no incoación del expediente.

- Decreto de desistimiento de la incoación del Expediente de reforma por corrección en el ámbito educativo o familiar, recogido en el artículo 18 de la LORPM. En estos casos, el Ministerio Fiscal podrá acordar la no incoación del expediente “cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas”. Además, viene recogido en este mismo artículo el requisito de que el menor no puede haber cometido “con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza”, ya que si es así, el Ministerio Fiscal se encontrará obligado a decretar incoación del expediente. De esto, se derivaría a *contrario sensu*, que si no ha cometido hechos delictivos, se procederá a dar una respuesta desde una vía diferente a la penal, en concreto, la de protección jurídica del menor⁶⁸.

3.2.2. Durante la fase intermedia

Así mismo, existe la posibilidad de que, una vez realizadas las diligencias preliminares, se decrete la apertura del expediente de reforma que podrá concluir de varias formas, entre las que nos encontramos las que nos atañen.

- Petición de algún tipo de medida sancionadora-educativa. Regulado en el art. 30 de la LORPM, que recoge concretamente que el Ministerio Fiscal remitirá un “escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, la proposición de alguna medida de las previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, y, en su caso, la exigencia de responsabilidad civil”. Es decir, el Ministerio Fiscal debe realizar la propuesta de qué medida le parece más adecuada como consecuencia del delito cometido.
- Archivo del expediente de reforma por haberse sancionado suficientemente los hechos con los trámites judiciales realizados. Recogido en el artículo 27.4, regula que se podrá acordar la petición de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal, a propuesta del Equipo Técnico, por razón de “la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier

⁶⁸ Concretamente, según las medidas pertenecientes al ámbito de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos”. Es decir, se entiende que la acción penal que el menor ha sufrido hasta este momento es suficientemente educativa, y que por lo tanto, no es necesario continuar con el proceso, ya que la carga educativa prevista ya ha sido cumplida.

- Solicitud de sobreseimiento del Equipo Técnico. Recogido en el artículo 27.4 de la LO 5/2000 y consiste en que “podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor”. Esto podrá ser posible sólo si se cumplen los requisitos del artículo 19.1: que los delitos no sean de carácter grave y que no se haya realizado el acto con violencia e intimidación. Es decir, se pone de manifiesto el principal objetivo de esta ley: el interés superior del menor⁶⁹.
- Sobreseimiento por algunas de las causas previstas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).
- Solicitud de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

3.2.3. Solicitud de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima

Cuando hablamos de conciliación o reparación entre el menor y la víctima debemos tener en cuenta que no se trata únicamente de un proceso de mediación como en un principio pudiésemos pensar, sino que abarca tres posibilidades⁷⁰ que se encuentran recogidas en el artículo 19.1 de la ya citada ley. Esta recoge por tanto, la posibilidad de desistimiento del Ministerio Fiscal en el proceso penal, sin embargo, estas tres posibilidades vendrán limitadas por unos requisitos previos⁷¹. Estos requisitos serán que los hechos no pueden revestir una especial gravedad, y que no concurre violencia o intimidación graves en la comisión de los mismos⁷². Así, queda regulado en dicho artículo que “podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos”. Por lo tanto, las tres actuaciones que se entienden como conciliación o reparación vendrán supeditadas a estos requisitos. En este punto explicaremos únicamente el compromiso de cumplir una actividad educativa,

⁶⁹ FERNÁNDEZ FUSTES, M., “Fase intermedia o de alegaciones”, en GÓNZALEZ PILLADO, E. *Proceso penal de Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 214.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 205.

⁷¹ ZARAGOZA TEJADA, J.I. “La mediación...”, *op. cit.*, p. 397.

⁷² FERNÁNDEZ FUSTES, M., “Fase intermedia...”, *op. cit.*, p. 206.

ya que las otras dos posibilidades quedan enmarcadas propiamente dentro de lo que conocemos como proceso de mediación, y serán desarrolladas en un punto posterior.

Compromiso de cumplir una actividad educativa

Por otro lado, se podrá realizar la petición de sobreseimiento “cuando el menor infractor se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe”. Esto es, en el informe realizado por el Equipo Técnico (que será necesario en todos los casos) se puede señalar que el menor se ha comprometido a realizar una actividad educativa, nuevamente, sin la necesidad de que sea una medida impuesta por el Juez.

A este tenor, se entenderá por actividad educativa algunas de las actividades a realizar dentro de la medida de “tareas socioeducativas” que se regula en esta misma ley, como una de las medidas susceptibles a imponer por el Juez de menores por la comisión de un delito. Estas tareas socioeducativas se encuentran reguladas en el artículo 7. 1. l) en la misma ley, y será necesario atender a este precepto para conocer el contenido de las mismas.

En este caso, también será necesario que se cumpla la realización de la actividad educativa, no la simple intención de llevarla a cabo, suponiendo que “en el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente”. Esto será así, salvo que la actividad educativa no pueda realizarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, como viene recogido en el artículo 19.4: “[...] no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado”.

3.2.4. La revisión de la medida por conciliación

Nos encontramos a su vez con un mecanismo de revisión de la condena en fase de ejecución, tras un proceso de conciliación con la víctima, consistente en la posibilidad de dejar la medida sin efecto. Esta posibilidad se encuentra recogida en el artículo 51.3 que señala que “la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta”. Es decir, cuando hablamos de una conciliación o reparación similares a la realizada durante las fases previas, si el Ministerio Fiscal o el letrado del menor proponen dicha revisión –teniendo en cuenta las declaraciones del equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores–, el Juez determinará si el tiempo de cumplimiento de medida supone un reproche suficiente, y por tanto, si esta conciliación o reparación sirve para dejar sin efecto la medida.

4. JUSTICIA RESTAURATIVA

Se ha demostrado en numerosas ocasiones que el Derecho Penal no responde de manera correcta a los ideales resocializadores o reeducadores que se entiende que debería seguir. El Derecho Penal no repara de manera correcta, ni a la víctima, ni al infractor, ni a la sociedad en su conjunto⁷³. Casi todas las Constituciones modernas, reconocen en sus textos el modelo rehabilitador, donde aparece que las penas deben ir encaminadas a la resocialización, reinserción y reeducación, como manifestación de la réplica preventiva de la pena⁷⁴. La justicia restaurativa propone una respuesta diferente, partiendo de la base de que en multitud de ocasiones añadir el prefijo “re” a determinados términos no resulta necesario⁷⁵. La justicia restaurativa tiene como finalidad reparar a la víctima, y que los infractores comprendan que su comportamiento no es aceptable, y que tiene consecuencias tanto para el perjudicado como para la comunidad.

Así, el Manual de Naciones Unidas recoge una definición precisa de lo que entiende por justicia restaurativa: “cualquier proceso en el que la víctima y el ofensor, y cuando sea adecuado cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito participan en conjunto de manera activa para la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador”⁷⁶. Se concibe como la acción encaminada a impartir justicia por medio de la restauración o la reparación por el delito causado⁷⁷. Al contrario de lo que pasa con el resto de procesos penales en los cuales no se produce un restablecimiento de la situación originaria, a través de la justicia restaurativa puede conseguirse, mediante los institutos de la reparación y conciliación⁷⁸.

Importancia de atención a la víctima. Durante mucho tiempo, dentro del proceso, ha sido la gran olvidada, no sólo sufriendo las consecuencias del delito, sino que también ha sufrido las consecuencias de los procedimientos penales que no atendían a sus necesidades, que no les daban voz⁷⁹. Los procesos penales actuales, de manera

⁷³ GÓNZALEZ PILLADO, E. *Mediación con menores...* op. cit., p. 74.

⁷⁴ GÍMENEZ SALINAS, E. y RODRÍGUEZ, A.C., “El principio restaurativo como modo de resolución de conflictos”, en DE LA CUESTA, J.L. y SUBIJANA, I.J. *Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 63.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 68

⁷⁶ SOLETO, H., “La justicia restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”, en DE LA CUESTA, J.L. y SUBIJANA, I.J. *Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 263.

⁷⁷ ULLOA PLAZA, J. y MACHADO MARTINS, P., “En torno a la idea de justicia desde la reflexión filosófica francesa contemporánea y el concepto de Justicia Restaurativa”, en GÓNZALEZ RAMÍREZ, I., *Justicia Restaurativa: herramientas para el cambio desde la gestión del conflicto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 35.

⁷⁸ CORBALAN OLIVERT, M. y MORENO GÁLVEZ, M.A., *Reincidencia y mediación en menores*, J.M. BOSCH EDITOR 01 Barcelona, 2013, p. 33.

⁷⁹ GÓNZALEZ PILLADO, E. *Mediación con menores...* op. cit., p. 75.

general, la víctima tiene derecho a una reparación económica, pero no tiene el protagonismo que emocionalmente necesitaría⁸⁰. La justicia restaurativa dotaría a las partes de un espacio de encuentro y de un proceso de entendimiento, a través de la capacidad para afrontar un diálogo abierto y honesto⁸¹. Pero debemos preguntarnos, ¿funciona? O por el contrario, ¿debemos buscar una respuesta complementaria o alternativa?

GÍMENEZ SALINAS y RODRÍGUEZ⁸² han recogido cuatro argumentos a favor de la justicia restaurativa, que decidimos tomar para nuestro trabajo, quedando señalados de tal forma:

- Sociales: tratando de buscar desde el sistema penal una respuesta que sea más adecuada para el tratamiento del delito. Se trata de evitar la generación de una victimización durante el proceso penal.
- Jurídicas: A través de la Justicia Restaurativa el proceso penal cumpliría con su finalidad preventiva, tanto general, como sobre todo especial, ya que cuando el autor se compromete a reparar, no solo ha comprendido la ilicitud del hecho, sino que se ha hecho responsable de sus actos delante de la sociedad y del perjudicado del delito.
- Económicos: la disminución de los costes en aplicación de penas que supone el uso de la justicia restaurativa, hace de por sí un motivo más que suficiente para aceptar estos procesos que generan excelentes resultados a un coste menor.
- Éticos: en el proceso penal no se debería negar a nadie la posibilidad de cambiar. La prisión, que se presenta como la pena prioritaria en nuestro sistema penal, atenta de una u otra forma contra la dignidad y la libertad. Otras respuestas son posibles.

Por otra parte, debemos hacer mención a cuáles son los principios que imperan en la aplicación de este tipo de justicia, ya que presente una serie de especificidades⁸³:

- Voluntariedad. La participación en estos procesos es voluntaria por ambas partes, es decir, tanto la víctima como el infractor deben querer participar.
- Confidencialidad. Todo lo expresado por las partes en las sesiones será de carácter confidencial, y en el caso de no llegar a un acuerdo, no podrá ser utilizada esta información ante el Juez. Este espacio de diálogo es íntimo.
- Imparcialidad del facilitador. La persona que guíe los procesos debe ser un tercero neutral.

⁸⁰ SOLETO, H., "La justicia restaurativa...", op. cit., p. 263.

⁸¹ ULLOA PLAZA, J. y MACHADO MARTINS, P., "En torno a...", op. cit., p. 35.

⁸² GÍMENEZ SALINAS, E. y RODRÍGUEZ, A.C., "El principio restaurativo...", op. cit.

⁸³ MONTESINOS GARCÍA, A., "La mediación penal". En *Tratado de Mediación*. Tirant lo Blanch, 2017, p. 30.

- Flexibilidad. Cada caso concreto manifestará unas necesidades de intervención. Los acuerdos a los que lleguen las partes deben estar marcados por la flexibilidad, así como las técnicas usadas por el facilitador.

4.1. La mediación

En base a las características generales de este tipo de justicia, entre los diferentes tipos existentes, en este trabajo nos centraremos en la mediación, entendiéndola como una forma de resolución alternativa a la jurisdicción a partir de la cual las partes en conflicto llegan por sí solas, y con ayuda de un tercero –mediador– a una solución por nuevas vías⁸⁴. Este mecanismo de resolución alternativa de conflictos, es el principal modelo utilizado dentro de la justicia restaurativa. Como bien define PILLADO, se puede entender la mediación como “el sistema de gestión de conflictos, en que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de los conocimientos adecuados, independiente e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista, y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación tanto material como simbólica”⁸⁵.

La mediación se presenta como una herramienta que permite una satisfacción psicológica, y además el acortamiento del proceso penal, así como la evitación de la victimización de pasar por este tipo de procesos.

Dentro de las posibilidades que hemos explicado en la LO 5/2000 en las que se reconoce a la mediación como herramienta de resolución, son las establecidas en los artículos 19 y 51, lo que en el vocabulario normal entendemos como mediación pre y post sentencial. Ambas posibilidades colocan al menor y a la víctima frente a frente, siendo éstos los protagonistas de su propio conflicto, para procurar una conciliación. Las ventajas de la aplicación de la justicia restaurativa repercuten en ambas partes, tanto víctima como infractor, e incluso a la comunidad. Si la mediación se presenta como una herramienta fundamental para la resolución de conflictos en el ámbito penal adulto, en el ámbito del menor esta necesidad se multiplica. La mediación aporta al proceso penal un carácter educativo y reparador difícil de conseguir en el proceso penal común. En estos casos, prima la consecución del fin preventivo especial y es posible relegar a un segundo plano los fines de prevención general positiva y retribución por lo que la mediación se plantea como una alternativa perfecta. Se tendrán en cuenta tanto las necesidades de la víctima como del agresor, sus formas de pensar, de vivir, de entender el mundo.

⁸⁴ MORENO CATENA, V., “Introducción del documento”, GÓNZALEZ PILLADO, E. *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 16

⁸⁵ GÓNZALEZ PILLADO, E. *Mediación con menores...* op. cit., p. 78.

La mediación entendida como manifestación del interés superior del menor en todo su esplendor, tratando de garantizar el Equipo Técnico que este fin no se disuelva durante el proceso de mediación, da la oportunidad al menor de chocar de manera directa con la realidad, teniendo que conocer las consecuencias de sus actos, a la vez que se responsabiliza por ellos. El contenido educativo de estos procesos es sumamente elevado, teniendo el menor que explicar a la víctima los hechos, los motivos, dar explicaciones. Esto pone al menor en verdad consigo mismo y con las circunstancias. No debemos olvidar que trabajamos con adolescentes, sujetos en formación de la personalidad, en muchas ocasiones sin conciencia en las consecuencias de sus actos, y por ello esta herramienta se presenta como fundamental para la responsabilización y la toma de conciencia.

En cuanto a la víctima, se le propone un espacio donde puede manifestar sus miedos, sus preocupaciones, sus inquietudes, se le da la oportunidad de hacer preguntas al ofensor⁸⁶, aspecto que no se encuentra en el proceso penal general. Ayuda a satisfacer una necesidad psicológica que de otra forma no sería resuelta. Da voz a la víctima dentro del proceso. Además, no queda exenta la responsabilidad, sino que entre ambas partes se decidirá cómo se resolverá esta, pudiendo llegar de esta forma a una reparación material, pero también emocional.

Habiendo definido anteriormente la mediación como parte de una solución de paralización del proceso penal dentro del ámbito de menores (solicitud de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima), pasamos a explicar este apartado de manera detallada. Cabe destacar, que ya en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 se trata el tema de la importancia de la mediación. Así, en su apartado número 13, señala que la ley “tiene un interés particular en los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro”. Es decir, ya desde el inicio de la ley se defiende que estas respuestas mayormente educativas deben primar sobre la búsqueda de un rigor punitivo que atendería mayormente a una prevención general.

Como hemos visto, se recogen dentro de esta posibilidad dos aspectos: la conciliación o la reparación. Conductas diferentes pero enmarcadas ambas dentro de lo que se espera en este tipo de procesos. La conciliación trata de aportar a la víctima una satisfacción psicológica⁸⁷, una disculpa por parte del menor infractor, sin embargo, en la reparación, se le une además el compromiso de realizar algún tipo de actividad

⁸⁶ SOLETO, H., “La justicia restaurativa...”, op. cit.

⁸⁷ Exposición de motivos II.13 LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores.

con el fin de reparar el daño (actividad socioeducativa, prestaciones en beneficio de la comunidad...)»⁸⁸.

Conciliación entre el menor y la víctima

El artículo 19.2 de la LORPM recoge una definición de lo que se entenderá por esta conciliación: “se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas”. Por lo tanto, cuando hablamos de conciliación debemos tener en cuenta que el menor debe emitir su disculpa, pero no será suficiente con que éste la desarrolle sino que la misma debe ser aceptada por la víctima para que se entienda que la conciliación ha llegado a buen término.

Sin embargo, esta afirmación que parece quedar delimitada claramente en este apartado del artículo 19, puede verse contrarrestada por lo dispuesto en el apartado 4 del mismo artículo, donde queda señalado que “una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado”. En este punto nos encontramos con una discusión doctrinal de bastante relevancia, una ruptura entre los que entienden que aquí podría verse enmarcado la no aceptación de la víctima de las disculpas y el sector que entiende que no podría entenderse como tal⁸⁹. Sin embargo, si atendemos a otro punto de la citada ley, más concretamente en la Exposición de Motivos⁹⁰, nos daremos cuenta de que realmente el hecho de que la víctima acepte estas disculpas se torna un elemento necesario, ya que entiende que “la conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón”⁹¹. Por lo tanto, se reconoce como requisito indispensable la aceptación de las disculpas por parte de la víctima.

Compromiso de reparar el daño causado

De la misma forma, en el artículo 19 se recoge que “se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización

⁸⁸ ZARAGOZA TEJADA, J.I. “La mediación...”, op. cit., p. 397.

⁸⁹ FERNÁNDEZ FUSTES, M., “Fase intermedia...”, op. cit., p. 209.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 208.

⁹¹ Exposición de motivos II.13 LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores.

efectiva". Es decir, al igual que en el caso anterior, la decisión de no continuar con el procedimiento penal general por el Ministerio Fiscal estará delimitado a la realización de alguna actividad. En este caso, se aprecia de manera notable el contenido educativo de la LO 5/2000, primando el interés supremo del menor, evitando el paso por el proceso judicial, pero teniendo una consecuencia educativa de igual manera. Es decir, una forma de asumir la culpa y la responsabilidad por motivación propia y no por la imposición de la Administración de Justicia. La reparación no se integra dentro de la responsabilidad civil⁹² (que deberá ser tramitada por la jurisdicción civil), sino que adquiere un contenido educativo.

Además, cuando leemos este precepto nos damos cuenta de un matiz importante que recoge el legislador y que es el que le dará sentido a esta posibilidad: "seguido de su realización efectiva". Por consiguiente, no será suficiente con que el menor se comprometa a reparar el daño causado, sino que debe realizarlo. Es una condición para que se entienda reparado y de no ser así se entendería que no se ha realizado de manera correcta y se seguiría por el procedimiento penal general continuando con la tramitación del expediente⁹³.

Además, estos cauces para la reparación del daño cuentan con un procedimiento reglado, que viene definido en el artículo 5 del Reglamento de la LO 5/2000. De esta forma, el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias, si considera que se puede llevar a cabo una solución extrajudicial, y por lo tanto dictar el sobreseimiento, realizará una petición al Equipo Técnico de un informe sobre la conveniencia o no de adoptar dicha solución extrajudicial. De esta misma manera, si es el propio Equipo Técnico el que considera conveniente la realización de este proceso, emitirá un informe del que dará traslado al Ministerio Fiscal, a la vista de que éste aprecie el desistimiento del procedimiento por aplicación de solución extrajudicial.

A partir de este momento se suceden una serie de reuniones con las distintas partes implicadas en el proceso:

1. El Equipo Técnico llamará a su presencia al menor implicado, a sus representantes legales y al letrado que le represente. En esta reunión, "el equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial, y oirá a sus representantes legales. Si, con audiencia de su letrado, el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo le propone, a ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales". Es decir, se trata de que el menor infractor muestre su consentimiento al Equipo Técnico para participar en este tipo de procesos, pero claro, al tratarse de sujetos menores de edad, el consentimiento de los padres también debe estar presente. Si por el contrario

⁹² FERNÁNDEZ FUSTES, M., "Fase intermedia...", op. cit., p. 210.

⁹³ Ídem.

la respuesta fuese negativa, entonces se remitirá un informe al Ministerio Fiscal para informarle de la situación y que continúe el proceso.

2. A continuación, el Equipo Técnico debe ponerse en contacto con la víctima. Se trata de que ésta “manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico, ya sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia”. En el caso de que la víctima fuese menor de edad, que en el caso de los delitos que nosotros estamos estudiando es así, los representantes legales del menor deben manifestar su conformidad con respecto a este tipo de procedimiento.
3. Encuentro conjunto. Si ambas partes han manifestado su conformidad, se procederá a realizar un encuentro entre ellos. Se trata de facilitar un encuentro en el que se puedan llegar a los términos de reparación y conciliación. Nos encontramos con una excepción son embargo a la necesidad de la presencia de la víctima, de tal manera que queda recogido que “la conciliación y la reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos”.

Los acuerdos a los que se llegue en estas sesiones de mediación serán transmitidos al Ministerio Fiscal mediante un informe del Equipo Técnico. Se informará de los resultados, así como del grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos en dicho procedimiento. Si el resultado es positivo, se entenderá por finalizado el proceso penal, sin embargo, si no se han cumplido los objetivos, se le dará traslado al Ministerio Fiscal para que continúe con la tramitación del expediente.

5. INCIDENCIA DE LOS DELITOS COMETIDOS ATRAVÉS DE LAS TIC EN LA JUSTICIA DE MENORES

En este punto, daremos un breve vistazo a la realidad de estos fenómenos realizados a través de la red. No nos extenderemos demasiado, pero es necesario darnos cuenta que son conductas que van en aumento, y que las tecnologías nos dotan de grandes oportunidades para el delito. De esta forma, iremos viendo la incidencia en el ámbito del menor de los tres tipos delictivos definidos al principio del presente trabajo.

Si tenemos en cuenta todas las cibervictimizaciones registradas por el Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC), únicamente un 1,8% corresponde a delitos sexuales, un 21,4% a amenazas y coacciones, un 4,6% a delitos contra el honor y un 4,3% a delitos de acceso e interceptación ilícita.

Sin embargo, en el grupo formado por los menores de 0 a 17 años, estos porcentajes ascienden a un 33%, un 38%, un 10% y un 11%, respectivamente, por lo que constituye el grupo de edad más afectado por este tipo de ciberdelitos. De las

804 victimizaciones registradas por ciberdelitos sexuales en 2014, el 76,3% afectaba a menores⁹⁴.

Pero, si nos centramos en el *ciberbullying*, basándonos en un estudio realizado por Save the Children en 2016⁹⁵ a 21.847 estudiantes de ESO, un 9,3% de los encuestados consideró que había sufrido acoso tradicional en los dos últimos meses, mientras que un 6,9% se consideró víctima de ciberacoso. De la misma forma, en los últimos dos meses uno de cada tres niños y niñas ha sido insultado por internet o móvil. Entre las manifestaciones de acoso relacionadas con nuevas tecnologías y a modo de ejemplo, un 6,3% reconoce que alguien ha pirateado su cuenta en redes sociales y se ha hecho pasar por él o ella. Además, un 3,3 % de los encuestados reconoció haber sido responsable de ciberacoso. Uno de cada cuatro ha insultado usando internet o el móvil, y casi uno de cada diez ha amenazado a otro niño o niña.

Por otra parte, un estudio realizado por Net Children Go Mobile, recoge significativamente, en este mismo año, que el 12% de niños y niñas de edades comprendidas entre 9 y 16 fue víctima de *ciberbullying*, cifra que doblaría la recogida en el mismo estudio realizado en el año 2010.

A su vez, la fundación ANAR, que cuenta con un teléfono dedicado a menores que pueden llamar en el caso de estar sufriendo algún tipo de acoso, realizó un informe, durante los años 2013, 2014 y 2015, en el cual recogía los motivos de todas las llamadas. Pues bien, durante estos tres años se recibieron total de 60.408 llamadas sobre acoso escolar que fueron necesarias atender para llegar a un total de 1.363 casos. De ellos, el 24% sufrieron *ciberbullying* como tipo de acoso principal. Es decir, 1 de cada 4 casos de acoso escolar sufre *ciberbullying*. Esta cifra aumenta conforme aumenta la edad de las víctimas, siendo a partir de la entrada en la adolescencia (los 13 años) de un 36,5%, es decir 4 de cada 10 adolescentes con problemas de acoso escolar sufren *ciberbullying*⁹⁶.

Por otro lado, si nos referimos al sistema estadístico de criminalidad, podemos ver como el delito de amenazas y coacciones cometido a través de las TIC ha sufrido una aumento considerable. De esta forma, en el año 2012 quedaron registrados 9.207 casos, mientras que en el año 2015 la cifra ascendía a 10.112 casos. En cuanto a los delitos contra el honor cometidos a través de las TIC, el ascenso queda señalado de 1.891 casos conocidos a 2.131 casos⁹⁷.

Además, en el Informe sobre Cibercriminalidad publicado por el Ministerio del Interior en el año 2016 (última fecha de publicación), queda recogido que 98 menores fueron detenidos/investigados en relación a un delito de amenazas o coacciones a

⁹⁴ MONTIEL JUAN, I., "Cibercriminalidad social y juvenil: la cifra negra", en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, N° 22, Junio 2016, p. 111.

⁹⁵ "Yo a eso no juego. Bullying y ciberbullying en la infancia".

⁹⁶ II Estudio sobre acoso escolar y ciberbullying según los afectados. Informe del teléfono ANAR, p. 89.

⁹⁷ GIMÉNEZ PÉREZ, A., "Delitos, Internet y Redes...", op. cit., p.39.

través de las TIC, y por otro lado, que 15 fueron detenidos/investigados por delitos contra el honor.⁹⁸

Si nos referimos, por el contrario, al *sexting* y al *grooming*, englobándolas ambas como delitos de carácter sexual a través de las TIC, nos encontramos con varios datos que adquieren especial relevancia. Por un lado, si nos acercamos al Sistema Estadístico de Criminalidad, vemos como la evolución de los delitos sexuales cometidos a través de las TIC ha aumentado de 715 casos en el año 2011 a 1233 casos en el año 2015⁹⁹.

Por otro lado, el Informe sobre Cibercriminalidad publicado por el Ministerio del Interior en el año 2016 señala que 62 menores fueron detenidos por la comisión de delitos sexuales a través de las TIC.

Además, un estudio sobre seguridad y privacidad en el uso de los servicios móviles por los menores españoles, publicado por el Instituto Nacional de Tecnologías y Comunicación en colaboración con la empresa Orange nos deja datos como que uno de cada tres niños entre los 12 y 14 años reconoce que practica *sexting*, el intercambio de fotos y vídeos con contenido sexual en su móvil. Dicho estudio, además, indica que el 4% de los jóvenes entre diez y dieciséis años reconoce haberse tomado fotos “en posturas sexys, provocativas o inadecuadas”, al tiempo que el 8,1% afirma haberlas recibido en su teléfono móvil.

Por otra parte, se ha venido observando, que entre un 43% y un 48% de las solicitudes sexuales en línea a menores provienen de otros menores.

Además en un estudio realizado para personas entre los 12 y los 17 años, se llegó a las siguientes conclusiones: entre los ciberagresores predominan las conductas de ciberacoso (92%), de producción y distribución sin consentimiento de material sexual ajeno (17%) y la presión sexual (16%), pero también presentan conductas de *sexting* activo y exhibicionismo en línea (12%), de coacción sexual (4%)¹⁰⁰.

En cuanto al *grooming*, cobra especial importancia el hecho de que los menores señalan que un 21% se ha conectado con alguien a quien no conocían previamente, pero es poco frecuente (11%) acudir a citas con personas que han conocido en la red.

6. MEDIACIÓN EN DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE LAS TIC

Llegados a este punto, es necesario que todo lo estudiado lo traslademos al caso concreto. En nuestro caso, defendemos que la mediación en este tipo de delitos es sumamente recomendable. Bien es cierto que la justicia restaurativa se nos presenta

⁹⁸ Visto en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/Estudio+Cibercriminalidad+2016.pdf/456576b2-9ce8-4f3c-bbcc-ca0dbf3bb3cf> (22/05/2018).

⁹⁹ GIMÉNEZ PÉREZ, A., “Delitos, Internet y Redes...”, op. cit., p. 39.

¹⁰⁰ MONTIEL JUAN, I., “Cibercriminalidad social y juvenil...”, op. cit., p. 114.

como una herramienta complementaria, como un miembro más dentro de la justicia en nuestro país, pero que siendo así, no se le da la importancia que, desde mi punto de vista, debería tener. A continuación, vamos a exponer los objetivos que tendría la mediación en los delitos de este tipo, como una aportación a la importancia de estas soluciones. Hemos querido centrarnos en estos delitos concretos, no porque la justicia restaurativa sólo sea aplicable en estos casos, sino porque se presentan como ámbitos dentro de la justicia de menores solventables, a mi modo de ver, desde este punto de vista de una manera mucho más educativa y menos dañina.

6.1. Objetivos

Antes de comenzar, no podemos olvidar que, como hemos venido advirtiendo, la tecnología forma parte del día a día de los menores. La mayoría de sus comunicaciones viene dada por las redes sociales, foros, etcétera. Cuando quieren iniciar una relación de noviazgo, éste es el mecanismo que utilizan. Mucha de la intimidad que se crea entre ellos pasa por estos medios y no se conciben las relaciones sociales sin estar conectado. Pues bien, esto nos lleva a que en multitud de ocasiones, los menores no sean conscientes (en su totalidad) de las consecuencias de sus conductas a través de la red. La violencia a través de las TIC ejerce un atractivo entre los jóvenes como forma de diversión. Hemos de señalar, que las conductas realizadas a través de un medio electrónico son mucho más sutiles que las realizadas en presencia de la víctima. Esto es, no es concebido igual por un menor el hecho de gritarle a otra persona “te voy a matar” o “te voy a hacer la vida imposible” que proferir este tipo de amenazas a través de la red. En este tipo de casos los menores se encuentran protegidos detrás de una pantalla donde la sensación de poder y de invencibilidad es mayor.

Por otro lado, me gustaría señalar el carácter grupal de los comportamientos adolescentes, esto es, la búsqueda de reconocimiento por parte del grupo de pares. Es cierto que las conductas delictivas deben ser respondidas, pero debemos tener en cuenta los aspectos especiales de los sujetos a los que nos enfrentamos. Es decir, cuando nos encontremos ante un delito de *sexting* cometido por menores de edad (sin quitarle la importancia que esto supone), me atrevería a decir que en un gran número de casos éstos no serán conscientes de estar llevando a cabo una conducta que pueda ser definida como pornografía infantil. Es cierto que se entiende que no es una conducta correcta, pero creo que en numerosas ocasiones no se tiene en cuenta el alcance de ello. Pongámonos en situación. Imaginemos una pareja de adolescentes que ha decidido enviarse fotos provocativas por WhatsApp y uno de ellos, con afán de protagonismo (normalizado a esta edad) decide enviárselo a su grupo de amigos. Estos amigos, por supuesto, nada discretos, deciden continuar enviando la foto al resto de sus compañeros. La pregunta que cabe hacerse es ¿realmente los menores conocían el hecho de estar fomentando la pornografía infantil? Si hay casos, considero que serán minoritarios.

Otro de los aspectos a considerar –aunque este trabajo se base esencialmente en el tratamiento de los menores infractores– será los efectos que ello produce sobre la víctima. En múltiples ocasiones, la víctima que sufre un delito cibernético puede cargar con un peso incluso mayor que el delito común. No saber quién es la persona que le está causando daño, no ser capaz de detener este tipo de conductas, que la información quede colgada indefinidamente en algún medio electrónico, genera un sufrimiento emocional muy grave. A mi parecer, el proceso penal al uso no dará la respuesta necesaria a este tipo de víctimas¹⁰¹.

Después de la aproximación a los motivos que nos hacen defender la mediación en este tipo de casos, pasamos a exponer sistemáticamente los objetivos que perseguiría esta mediación¹⁰²:

a) Con respecto al menor infractor:

- Hacer al menor infractor responsable de sus actos.
- Fomentar la conciencia del peligro de las relaciones a través de la red.
- Hacer partícipe al menor de las consecuencias de sus actos. Esto es, que sea capaz de reconocer que nuestros actos tienen consecuencias en las vidas de los demás.
- Capacidad del menor infractor de proferir una disculpa sincera.
- Establecer un compromiso de no reincidencia. Esto es, un compromiso de control de sus actividades a través de las TIC, así como hacer un uso moderado e inteligente de las mismas.
- En todo el procedimiento, tener presente el interés superior del menor.
- Evitar el proceso penal al acusado interviniendo de una manera educativa.

b) Con respecto a la víctima:

- Resarcimiento.
- Evitar la revictimización durante el procedimiento judicial.
- Reparación directa o indirecta.
- Capacidad y espacio de expresión.

c) Con respecto a ambos:

- Espacio de respeto y confidencialidad.
- Encuentro entre las partes.

¹⁰¹ GIMÉNEZ PÉREZ, A., “Delitos, Internet y Redes...”, op. cit.

¹⁰² BASANTA DOPICO, J.L., *La mediación en el ámbito penal juvenil*. Consultado en: www.dgrs.mj.pt/.../layout?...mediacion_en_el_ambito_penal_juvenil

- Fomento de la empatía y la tolerancia hacia la otra parte.
- Levantamiento de acuerdo en el que ambas partes habrán participado. Es decir, hacer a los menores partícipes del cambio.

6.2. Tipos de acuerdo

En cuanto a los acuerdos a los que pueden llegar las partes, nos basaremos en lo explicado sobre la mediación legislada en el ámbito penal del menor. De esta forma, los acuerdos a los que pueden llegar serían:

- Conciliación entre las partes, en la cual el ofensor produce una disculpa que es aceptada por la víctima.
- Reparación. Es decir, entre ambas partes llegan a un acuerdo de cumplimiento de algún tipo de actividad por parte del menor infractor que repare a la víctima pero que también aporte a la sociedad en su conjunto.

6.3. Papel del mediador

Debemos señalar que, como establece la LORPM, el papel del mediador lo protagonizará un miembro del Equipo Técnico. Sin embargo, no nos centraremos en ello, si no en las características que debe tener el mediador para llevar a cabo el procedimiento en este tipo de casos. De esta forma, el mediador quedaría definido como “una tercera persona, ajena a la controversia, que desde unos criterios generales y heterogéneos trata de facilitar la comunicación, tendiendo un espacio de diálogo, creando un espacio común de libertad, para que sean las partes las auténticas partes protagonistas del conflicto”¹⁰³. El papel del mediador queda entendido como un “elemento activo: no solamente informa y observa sino que prepara a las partes para el encuentro”¹⁰⁴. Y continuando, “introduce elementos de reflexión que posibiliten, si es necesario, un cambio de actitud, en cada uno de ellos para que flexibilicen sus posiciones, y puedan ver al otro de una forma más humana. El mediador contiene la crisis inicial que se ha generado con el conflicto, trabajando con los sentimientos y las fantasías negativas vividas como consecuencia del delito”¹⁰⁵.

Todo ello implica que el mediador debe ser una persona extremadamente bien preparada, con aptitudes personales y formación necesaria para llevar a cabo el proceso¹⁰⁶. En nuestro caso concreto, teniendo en cuenta que se trata de un tipo de delitos cometi-

¹⁰³ ALONSO SALGADO, C. *La mediación en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 123.

¹⁰⁴ Definición de DAPENA, J. y MARTÍN, J. vista en CERVELLÓ DONDERIS, V., *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 416.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ ALONSO SALGADO, C. *La mediación en el proceso...* op. cit., p. 133.

dos a través de las TIC, entendemos que el mediador también deberá contar (además de las facultades que se entienden propias tanto del proceso como del mediador –neutralidad, no participación, empatía, etcétera–), con ciertos conocimientos en el manejo de las TIC, así como de formación complementaria para poder dar pautas del correcto uso de las mismas y de los peligros de la red.

6.4. proceso de mediación

A continuación, pasaremos a explicar el proceso de mediación que proponemos en este tipo de casos basándonos en el modelo ya establecido dentro de la justicia de menores pero con diferentes matices.

En primer lugar, se debe hacer un análisis de la situación en la que nos encontramos: no será lo mismo un caso en el que estén implicadas varias personas a un caso individual. Es decir, en el caso grupal el trabajo del mediador será aún más difícil. Por lo tanto, será necesario realizar un estudio de los casos concretos, con el fin de determinar cómo se llevará a cabo el acercamiento con las partes.

En segundo lugar, se procederá a realizar el acercamiento con el menor infractor y con su familia. Durante la entrevista mantenida con estas partes se llegará a la conclusión de si llevar a cabo una mediación es factible o no, cuáles son las pretensiones del menor infractor, hacerle entender sus responsabilidades dentro de este tipo de procedimiento. Es decir, se llevará a cabo la valoración de las condiciones necesarias para que el menor acceda a la mediación¹⁰⁷. Cabe destacar, en este punto, que se le hará entender a la familia que el compromiso adoptado por el menor no sólo le afecta a él, sino también a todos ellos. Como se trata de conductas cometidas a través de las TIC, a mi parecer, la familia debe estar implicada en el control del cumplimiento de los objetivos que se propongan. Con esto, lo que nos gustaría trabajar es el uso de las TIC en el entorno familiar, que el proceso de mediación no sólo supusiese una consecuencia jurídica en la que el menor pide disculpas o propone una actividad como resarcimiento, sino que se deben plantear una serie de compromisos de uso inteligente de las TIC. Y considero que todo ello debe partir también, al ser menores, de un trabajo con el entorno familiar.

Por lo tanto, además de una entrevista con el menor, se llevará a cabo una entrevista con la familia con el fin de conocer su implicación en la mejora del uso de las TIC del menor implicado.

A continuación, se establecerá el contacto con la víctima y su familia. Se le informará oportunamente de en qué consiste el proceso de mediación, cuáles son las finalidades, las implicaciones, la manera de resolución, con el fin de que el menor víctima y su familia presten su consentimiento en la participación en el proceso.

¹⁰⁷ CERVELLÓ DONDERIS, V. *Cuestiones prácticas...* op. cit., p. 413.

Una vez que ambas partes han dado su consentimiento de participación se procederá a concertar una cita con cada una de ellas para poder dotar de las herramientas necesarias para presentarse en el proceso. Esto es, con el menor o menores infractores, deberá trabajar la responsabilidad por los actos cometidos, así como la empatía con la otra parte, el manejo de las emociones, incluso se puede llevar a cabo algún tipo de *role-playing* con el fin de acabar con los miedos, la vergüenza¹⁰⁸. Con la víctima, se trabajarán aspectos como la capacidad de expresar emociones, la pérdida del miedo, del sentimiento de venganza. Se deberá preparar emocionalmente para ponerse frente a frente con el agresor.

En este último punto, añadiremos unas herramientas complementarias ya no destinadas al propio proceso de mediación, sino que irán dirigidas al correcto uso de las tecnologías en un momento posterior. Es decir, hacer consciente por separado a ambos menores de los riesgos que entraña la red. Pongamos el ejemplo de un caso de *sexting*, en el que la fotografía de una joven enviada a su novio ha terminado en un grupo de WhatsApp. Entendiendo, por supuesto, que ella es la víctima, una intervención con ambas partes, desde el punto de vista de la prevención futura, cobra especial importancia. De esta forma, la preparación para el futuro encuentro entre las partes quedará preparada con una conciencia en ambas partes sobre las conductas en la red.

A continuación, se produciría el encuentro entre la víctima y el infractor, en un espacio en el que se produzca el diálogo. Durante esta fase se llegará a los compromisos entre las partes. El mediador, que conduce el proceso debe dirigir hacia la toma de una serie de compromisos.

Como último punto, se llevará a cabo el informe según los puntos establecidos en la legislación del menor, dependiendo si los resultados obtenidos son positivos o por el contrario no se considera suficiente reproche y respuesta educativa ante la conducta del menor. Esto dependerá en la mayoría de los casos de la actitud del menor infractor.

7. CONCLUSIONES

- a) Las nuevas tecnologías están presentes en todas las acciones de nuestra vida, siendo necesario crear entre los jóvenes una cultura de uso inteligente de las TIC.
- b) Los delitos en los que nos centramos en el presente trabajo cobran una especial importancia dentro de las conductas llevadas a cabo por los menores de edad en su día a día, conductas que pueden provocar una gran cifra negra, pero que en caso puede llegar a la justicia penal.
- c) Las conductas lesivas llevadas a cabo a través de las TIC que llegan a considerarse delito requieren de una respuesta más completa a la que se da desde el sistema jurídico tradicional.

¹⁰⁸ *Ibíd*em, p. 414.

- d) La justicia restaurativa se debería presentar como una herramienta complementaria al sistema jurídico actual, no como una última opción. Además, en nuestro caso concreto, se presenta como una respuesta adecuada a las características de los delitos cometidos por menores.
- e) La justicia de menores tiene como finalidad el interés superior del menor infractor, manifestado a través de la reinserción y reeducación del mismo. Este tipo de legislación entronca directamente con las finalidades de la justicia restaurativa, que persigue una respuesta mayormente educativa e inclusiva de las partes.
- f) La mediación, como una herramienta dentro de la justicia restaurativa, se presenta como un proceso legítimamente autorizado por la LORPM. Este tipo de procedimientos quedan regulados de una manera flexible, sin demasiados detalles, y dejan abierta la capacidad de establecer el proceso de mediación de una forma u otra, aunque siguiendo el esquema general. Esto permite, que en nuestro caso, hagamos un planteamiento concreto en el que se incluyen unas sesiones formativas para los menores y sus familias sobre el uso de las redes sociales de mano de los jóvenes.
- g) En los delitos estudiados, *sexting*, *cyberbullying* y *grooming*, la mediación puede entenderse como un método de resolución acertado para confrontar a las partes, ponerles cara a cara, con un profesional que dirija los pasos para poder llegar a un acuerdo y a unos compromisos.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTINA, J.R., “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, núm. 12-11.
- ALONSO SALGADO, C. *La mediación en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- BASANTA DOPICO, J.L., *La mediación en el ámbito penal juvenil*. Consultado en: www.dgrs.mj.pt/.../layout?...mediacion_en_el_ambito_penal_juvenil.
- CALMAESTRA VILLÉN, J; ORTEGA RUIZ, R; MORA MERCHÁN, J.A; “Las TIC y la convivencia. Un estudio sobre las formas de acosos en el ciberespacio”, en *Investigación en la escuela*, Nº 64, 2008.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- COUSO, J., “La especialidad del Derecho Penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho Penal Sustantivo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, Chile, 2012.

- DE JORGE BRITO, O. y DE SANTIAGO HERRERO, F.J. “El ciberbullying o acoso juvenil a través de internet”, en *Revista de Estudios Clínicos e Investigación Psicológica*, Vol. 7, No. 14 Julio-Diciembre de 2017.
- DE LA CUESTA, J.L. y SUBIJANA, I.J., *Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017.
- FAJARDO CALDERA, M.I., “SEXTING: nuevos usos de la tecnología y la sexualidad en menores”, en *International Journal of Developmental and Educational Psychology. Asociación Nacional de Psicología Evolutiva y Educativa de la Infancia, Adolescencia y Mayores*, vol. 1, núm. 1, Badajoz, 2013.
- FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., “Fase intermedia o de alegaciones”. En GÓNZALEZ PILLADO, E., *Proceso penal de Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- GIMÉNEZ PÉREZ, A., “Delitos, Internet y Redes Sociales: Perfiles Criminales en el Ámbito de la Cibercriminalidad Social”, en *Revista Skopein*, Año IV, Número 14, diciembre 2016.
- GÍMENEZ SALINAS, E. y RODRÍGUEZ, A. C., “El principio restaurativo como modo de resolución de conflictos”. En DE LA CUESTA, J.L. y SUBIJANA, I.J., *Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GÓMEZ HIDALGO, J. I., “Estudio de las medidas establecidas en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Revista Baylio*, Ilustre colegio de abogados de Ceuta, Nº 4.
- GÓNZALEZ PILLADO, E., *Proceso penal de Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- GÓNZALEZ PILLADO, E., *Mediación con menores infractores en España y países de su entorno*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- GÓNZALEZ RAMÍREZ, I., *Justicia Restaurativa: herramientas para el cambio desde la gestión del conflicto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GÓRRIZ ROYO, E., “Online Child Grooming”, en *Derecho Penal español, Revista InDret*, Barcelona, julio de 2016.
- HERNÁNDEZ PRADOS, M.A Y SOLANO FERNÁNDEZ, I. “Ciberbullying, un problema de acoso escolar, en *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*”, vol. 10, núm. 1, 2007, Asociación Iberoamericana de Educación Superior a Distancia Madrid, Organismo Internacional.
- MENDO ESTRELLA, A., “Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016.
- MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso de menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013.

- MIRÓ LLINARES, F. “Derecho Penal. Cyberbullying, y otras formas de acoso no sexual en el ciberespacio”. Visto en Internet y redes sociales, un nuevo contexto para el delito, IDP, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nº 16, Cataluña, 2013.
- MONTESINOS GARCÍA, A; *Tomo II. La mediación penal*. En MONTESINOS GARCÍA, A., BLANCO GARCÍA, A.I; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZA REDONDO, P. *Tratado de Mediación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MONTIEL JUAN, I., “Cibercriminalidad social y juvenil: la cifra negra”, en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, Nº 22, Junio 2016.
- MORA MERCHAN, J.A.; ORTEGA, R; SMITH, P.K. “El uso violento de la tecnología: el cyberbullying” en ORTEGA, R. (ed.) *Agresividad injustificada, bullying y violencia escolar*. Madrid: Alianza editorial, 2010.
- MORENO CATENA, V., “Introducción del documento”, GÓNZALEZ PILLADO, E. *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, en *ADPCP*, Vol. LXV, 2012.
- SALA DONADO, C., “Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal”. Tesis doctoral. Universidad de Girona.
- SOLETO, H., “La justicia restaurativa, mecanismo adecuado para mejorar la reparación a la víctima en el proceso penal”. En DE LA CUESTA, J.L. y SUBIJANA, I.J., *Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- ULLOA PLAZA, J. y MACHADO MARTINS. P., “En torno a la idea de justicia desde la reflexión filosófica francesa contemporánea y el concepto de Justicia Restaurativa”. En GÓNZALEZ RAMÍREZ, I.X. *Justicia Restaurativa: herramientas para el cambio desde la gestión del conflicto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Predadores sexuales online y menores: grooming y sexting en adolescentes”, en *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, Número 2, Zenbakia, 2017.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- ZARAGOZA TEJADA, J.I., “La mediación y la Justicia Restaurativa en el procedimiento penal del menor”, en DE LA CUESTA, J.L. y SUBIJANA, I.J. *Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2, 2017.

Capítulo IV

Aportaciones al sistema ecuatoriano de Justicia Restaurativa de menores, desde la perspectiva del Derecho internacional y comparado

EVA MARÍA FRANCO MUÑOZ

Universidad Carlos III de Madrid. Master en Mediación, Negociación y Resolución de conflictos

Resumen

Desde la celebración de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en 1990, diferentes sujetos del derecho internacional han producido un importante número de disposiciones de diverso rango dirigidas a adecuar el carácter del menor dentro de este novedoso contexto social. Países como España, Ecuador y Finlandia han realizado grandes esfuerzos en aras de lograr una adecuada armonización de este nuevo paradigma. Entre estos sistemas existen importantes coincidencias que nos permiten hacer un análisis comparativo con rigurosidad académica. En la presente investigación se abordan aspectos como el límite de edad para ser considerado como menor infractor, el tratamiento eminentemente educativo que se efectúa a éstos y la tendencia a adoptar un enfoque interdisciplinar y no punitivo.

Palabras clave: justicia restaurativa, justicia del menor, menor infractor, tratamiento penal, enfoque interdisciplinar educativo.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la protección jurídica de los niños abarca una gama de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, cuya incorporación y exigibilidad se dio a nivel internacional con la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1990. Lo anterior se debe a que es ampliamente aceptado el hecho de que, a diferencia de los adultos, los menores de dieciocho años requieren una atención y cuidado especiales¹.

¹ Unicef, la convención sobre los derechos del niño alcanza la mayoría de edad. Cfr. http://www.unicef.profes.net/ArchivosColegios/Unicef/Archivos/SM_Unicef/Documentos%20Derechos/la_CDN%20cumple_18.pdf

Esta protección especial se aprecia claramente cuando un menor incurre en conductas catalogadas como delitos, pues su tratamiento prioriza la adopción de medidas educativas por sobre castigos de naturaleza punible como se ha dado en la tradición jurídico-penal moderna.

Como es apenas lógico, la implementación de este esquema viene inexorablemente acompañado de una intensa producción normativa que tiene como punto de partida la difundida noción de “interés superior del niño”. Tanto es así, que en la literatura producida al respecto es común encontrar referencias que justifican la adopción de una medida u otra basándose en este polisémico concepto. No obstante, existen puntos comunes entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano, español y finlandés, que hacen posible acotar un poco más la forma en que entendemos el mencionado término.

El presente trabajo tiene como propósito establecer las similitudes y diferencias del sistema de tratamiento penal del menor infractor en los ordenamientos jurídicos ecuatoriano, español y finlandés. Con el propósito de abordar esta cuestión, el mismo estará dividido en tres partes. En la primera haremos un recuento y análisis de los principales textos internacionales que han servido de antecedente y fundamento de los sistemas que estudiaremos haciendo especial énfasis en la noción de justicia restaurativa. En el segundo, nos enfocaremos en las particularidades normativas de los sistemas de tratamiento penal de menores en Ecuador, España y Finlandia; y en el último, haremos algunas consideraciones respecto de las diferencias y similitudes encontradas y acerca de la forma en que consideramos que éstos pueden ser mejorados en aras de lograr un tratamiento infantil más eficiente.

2. TEXTOS INTERNACIONALES

2.1. Análisis de los instrumentos internacionales en Justicia Restaurativa

Como complemento a los métodos tradicionales de resolución de conflictos surgen nuevas corrientes, entre estas, la llamada Justicia Restaurativa. En este escenario, la noción de Justicia Restaurativa se convierte en un nuevo modelo mediante el cual la víctima forma parte del proceso, erigiéndose como respuesta evolutiva lógica a los derechos de igualdad y dignidad humana, promoviendo en últimas la armonía social². De esta manera, la voluntariedad de participar tanto de la víctima como del victimario, se convierte en un aspecto fundamental del proceso, pues no se podrá imponer a ninguna de las partes el cumplimiento de obligaciones no aceptadas de mutuo acuerdo.

² PERULERO GARCÍA, D., “Mecanismo de viabilidad para las prácticas restaurativas y la mediación en el proceso penal”, en SOLETO MUÑOZ, H. (ed.) *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2017, p. 621.

Numerosos son los factores que han incidido en la consolidación de esta idea que para algunos autores continúa siendo fundamental. Esto se advierte tanto en asuntos civiles como de familia y en el ámbito penal, incluso, en los eventos en que se configura una conducta que puede ser tipificada como de terrorismo.

Con el propósito de ofrecer claridad al lector de estas páginas respecto de lo anteriormente expuesto, resulta necesario analizar los antecedentes doctrinales y las publicaciones internacionales que han abordado la necesidad de implementar un nuevo modelo alternativo a la justicia procesal tradicional. En lo que a este capítulo respecta, el análisis estará basado en una recopilación de documentos desarrollados en Naciones Unidas (en adelante, ONU), en la Unión Europea, Consejo de Europa, y otros varios elaborados en América Latina a partir de los años ochenta.

2.1.1. Organización de las Naciones Unidas (ONU)

La necesidad de encontrar nuevos métodos para la solución de conflictos sociales en el ámbito penal ha impulsado grandes esfuerzos de parte de la comunidad internacional en aras de consolidar una noción de justicia restaurativa. Este esfuerzo de conceptualización se tradujo en una declaración proferida por la ONU en el año 2012, en donde se consignó lo siguiente: “[...] la justicia restitutiva es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades”³.

Es pertinente mencionar que el surgimiento de la noción de justicia restaurativa se da en el marco del llamado renacimiento o redescubrimiento de la víctima, que ocurre principalmente a partir de la década de los setenta del siglo pasado. Lo anterior, fue corroborado por el Grupo de Expertos de la ONU que elaboró en el año 2002 un documento en donde se recogen una serie de principios básicos para la implementación de programas de justicia restaurativa en materia penal. En el referido texto, se señala lo siguiente: “La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto”⁴.

³ Declaración del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, número 12/2002. “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal”. Preámbulo. Disponible en: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf

⁴ Informe del Secretario General. E/CN. 15/2002/5ADD.1, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, Justicia Restaurativa, p. 7.

No obstante, la ONU no es el único organismo que ha intentado consolidar un método alternativo para resolución de las disputas ventiladas ante los sistemas penales de los Estados. En efecto, existen otros tantos instrumentos que se han ocupado de este tópico y que deben ser estudiados en el marco de esta disertación.

En este punto, es pertinente señalar que dichos instrumentos, recogen una serie de directrices y reglas establecidas por las Naciones Unidas que en definitiva han impulsado la evolución eficaz y concreta del sistema de justicia dirigido a los menores. Dicho sistema se estructura sobre tres pilares: el primero busca la aplicación de medidas en el ámbito social para prevenir la delincuencia de menores y protegerlos de ella; el segundo es la instauración de un sistema judicial progresista para menores en conflicto con la Ley; y el tercero lo constituye la salvaguarda de los derechos fundamentales y la toma de medidas que permitan la reinserción de los jóvenes tras su privación de libertad⁵.

A. Reglas de Beijing

Un primer instrumento que debemos destacar son las Reglas de Beijing, en el cual la ONU fija las pautas mínimas para la administración de la justicia de menores, elaboradas dentro de la reunión preparatoria interregional para el séptimo congreso sobre “Juventud, Crimen y Justicia” celebrado en el año de 1984 en China con el propósito de consolidar dichas pautas. Éstas fueron adoptadas por la Asamblea General a través de la resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985 con la cual se buscaba precisar una serie de orientaciones para los Estados con el fin de asegurar los derechos de los menores y proteger sus necesidades.

La importancia de las Reglas de Beijing radica en que es el primer instrumento jurídico de la comunidad internacional que engloba normas pormenorizadas para la administración de la justicia de menores, y que toma en cuenta sus derechos y desarrollo⁶. Su estructura consta de seis partes en donde se trata lo concerniente a: los principios generales; las etapas de investigación y procesamiento; sentencia; el tratamiento fuera de los establecimientos penitenciarios; el tratamiento en establecimientos penitenciarios; la investigación, planificación, formulación y evaluación de las políticas públicas que tratan esta problemática.

Es importante señalar que el objetivo de este instrumento fue promover el bienestar del menor y asegurar que cualquier respuesta a los menores que incurran en actos de delincuencia será siempre en proporción a las circunstancias tanto del menor como del delito. Por otro lado, se buscó presentar a la comunidad internacional los principios y prácticas convenientes para la administración de la justicia para menores, represen-

⁵ GUTIÉRREZ, Y., “Análisis Reglas de Beijing”, 2013. Disponible en <https://es.scribd.com/doc/152023291/Analisis-Reglas-de-Beijing>

⁶ Ídem.

tando un mínimo de condiciones aceptables para su tratamiento cuando incurren en conductas contrarias a la Ley. Además, se prevén medidas específicas que cubren las diversas fases de justicia para menores y hacen hincapié en que el ingreso en instituciones sólo será utilizado como último recurso y durante el plazo más breve posible.

Siguiendo con la presente exposición, encontramos que las Reglas de Beijing también establecen los derechos de los menores, los cuales deberán respetarse en todas las etapas del proceso. Entre estos derechos encontramos las garantías procesales básicas, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a su interrogación, y el derecho a la apelación ante una autoridad superior.

A su vez, se fijan los principios rectores de sentencia y la resolución, siempre considerando el bienestar primordial del menor. También se valoran: la gravedad del delito, las circunstancias y necesidades del menor. En cuanto a las restricciones de la libertad personal del menor, las Reglas de Beijing señalan que éstas sólo se impondrán tras un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible. La privación de la libertad personal sólo se impondrá en caso de que el menor sea condenado por un acto grave o por la reincidencia en cometer otros delitos graves; éstos bajo ningún caso se sancionarán con la pena capital ni tampoco con penas corporales.

Finalmente, es importante destacar que estas reglas no son vinculantes, pues su naturaleza es de meras recomendaciones. Sin embargo, varias de ellas están incluidas en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y al ser un tratado es vinculante para todos los Estados que lo ratifiquen.

B. Reglas de Tokio

Mediante la Resolución 45/110 adoptada por la Asamblea General de la ONU el día 14 de diciembre de 1990, se profirieron las Reglas de Tokio o las “reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad”. En este documento, se establecen los fundamentos básicos sobre la aplicación de medidas no privativas de libertad, así como las garantías para quienes se les impongan dichas medidas. A través de estas reglas, se pretende fomentar la participación de la sociedad en la gestión de la justicia penal, de manera especial en la forma en la cual se trata al delincuente. Es decir, se busca alcanzar un equilibrio entre los derechos de los victimarios, derechos de las víctimas, intereses de la comunidad en la prevención del delito y la seguridad pública.

Estas reglas establecen la facultad que se podrá tener para que quién sea la autoridad permita la participación de la comunidad en la aplicación de las medidas no privativas de libertad; aplicando esta normativa internacional y dentro de lo que se permita en la legislación estatal. Adicionalmente, las reglas buscan que dentro de los sistemas de justicia penal de la comunidad internacional se establezca una serie de medidas no

privativas de la libertad, las cuales podrían ser aplicadas desde la fase anterior del juicio hasta la fase de ejecución de sentencia.

C. Directrices de Riad

Dicho documento se refiere a las directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990. Este documento se enfoca, principalmente, en la prevención de la delincuencia juvenil. En él se reconoce la necesidad de aplicar una política progresista en la prevención de la delincuencia, así como también evitar la criminalización y penalización del niño por conductas que no han tenido causas graves. En este sentido, señala la necesidad de incluir la creación de oportunidades, educativas, entre otras, para permitir su desarrollo personal. Adicionalmente, se buscará reconocer que el comportamiento de los jóvenes no se ajusta a los valores de la sociedad adultocentrista.

Dentro del área de la administración de la justicia, estas directrices buscan que se proteja los derechos y el bienestar de todos los jóvenes mediante la promulgación de leyes que prohíban la victimización, malos tratos y explotación de niños, niñas y adolescentes. Asimismo, la difusión de leyes que garanticen que ningún acto que sea considerado delito cuando lo comete un adulto sea considerado delito cuando es cometido por un joven.

Por otra parte, se propone la actuación de un mediador que garantice el respeto a la condición jurídica del joven y la protección del menor privado de libertad, garantizando la aplicación de las directrices de las Naciones Unidas, como las Directrices Riad, las Reglas de Beijing y las Reglas para la protección de menores privados de libertad.

D. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad

Las Reglas para la protección de menores privados de libertad fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, mediante su resolución 45/113. Ésta surge como respuesta a las inquietantes condiciones y circunstancias en las que se priva a los menores de su libertad, la vulneración y violación de los derechos de los menores privados de libertad, al igual que su victimización y la no diferenciación en muchos sistemas entre adultos y menores en las fases de la administración de la justicia.

Al igual que las Reglas de Beijing, y con el fin de respetar los derechos y la seguridad de los menores, estas pautas indican que el encarcelamiento deberá usarse como último recurso, por un periodo mínimo necesario, con la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de tiempo y limitarse a casos excepcionales. En lo referente a los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio, éstos deben ser cobijados bajo

la presunción de inocencia y, por ende, deben ser tratados como tales, siendo necesario que los tribunales de menores y los organismos encargados de investigarlos procuren la rápida tramitación de la actuación, otorgándole la máxima prioridad a la situación del menor. Durante esta etapa el menor tendrá derecho a asesoramiento jurídico, pudiendo ser gratuito, además de darle la oportunidad de realizar trabajos remunerados o continuar con sus estudios.

E. Otros

Se puede mencionar también la carta de las Naciones Unidas que en su artículo 62 plantea recomendaciones con el fin de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas, así como la efectividad de tales derechos y libertades. Asimismo, encontramos que el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU dicta la Resolución 1999/26 dirigida a la “Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal”. En dicho documento se plantea que la Justicia Restaurativa es método de resolución de delitos leves y se permite el encuentro entre la víctima y el victimario.

Por otro lado, encontramos la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI”, contenida en la Resolución 2000/11 dictada igualmente por el mismo Consejo Económico y Social. En ésta se alienta a los Estados a elaborar políticas y programas en torno a la Justicia Restaurativa, teniendo especial consideración los intereses de la víctima y el delincuente, y se fijaba un plazo (hasta el año 2002) para que los países revisen sus prácticas nacionales.

Finalmente, observamos que a través de las Resoluciones 2000/14 denominada “principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal” y en la 2002/12 del ECOSOC, se plantea la necesidad de usar medios comunes para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal y se pretende elaborar un instrumento oficial con este fin. Además, se establece que la justicia restitutiva podrá ser utilizada en cualquier etapa del proceso penal, siendo indispensable que tanto la víctima como el victimario tengan la voluntad de participar en este proceso.

2.1.2. Resoluciones y declaraciones en Europa

Hasta aquí, ha quedado patente los instrumentos desarrollados por la comunidad internacional en materia de justicia restaurativa, cuya génesis puede asociarse a los movimientos sociales producidos en Estados Unidos y Canadá⁷. No obstante

⁷ SOLETO MUÑOZ H., “Justicia Restaurativa en Europa: Sus Orígenes, Evolución y la Directiva

lo anterior, el derecho europeo no se ha quedado atrás, produciendo un conjunto de instrumentos que consolidan un arquetipo internacional en esta materia. Con el propósito de mostrarle al lector de estas páginas las aportaciones de este bloque de países, en el presente capítulo trataremos las principales determinaciones del Consejo de Europa, luego las de la Unión Europea, y finalmente, las correspondientes a los países latinoamericanos.

A. Recomendación No R (83) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa

Debemos iniciar señalando que una recomendación es, en esencia, una invitación “que la Comisión o el Consejo hace a los Estados miembros, o a personas físicas o jurídicas de la Comunidad, para que adopten una regla de conducta determinada”⁸. En este sentido, sus contenidos no son vinculantes, “no pudiéndose imponer obligaciones ni directa ni indirectamente”⁹. Sin embargo, es evidente que su objetivo es influir en la actuación de los Estados, por lo que son de vital importancia en la construcción de una conciencia colectiva.

Una vez dejado en claro lo anterior, debemos decir que la Recomendación 83 (7) fue proferida el 23 de junio de 1983 por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En este sentido, su importancia radica en la participación del público en la política penal, impulsando a los Estados miembros a fomentar la indemnización de la víctima por parte del delincuente como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad.

B. Recomendación No R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa

Otra de las recomendaciones importantes es la No R (85) 11 que nace el 28 de junio de 1985 también del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Esta vez, se busca influir en lo que respecta a la posición de la víctima en el marco del proceso penal y el derecho penal. De esta manera, exhorta a los Estados miembros a revisar la legislación y su práctica para adaptarlas a las directrices que se expresan en su texto y que dan un amplio margen a la reparación.

Por otro lado, se recomienda también a los gobiernos de los Estados miembros examinar las ventajas que pueden presentar los sistemas de mediación y conciliación. Y finalmente, se hace mención a las posibilidades que tiene la víctima de obtener una

de la Unión Europea 2012/29 Sobre los Derechos, Apoyo y Protección de las Víctimas de Delitos”, en SPENGLER MARION F., DALLA BERNARDINA DE PINHO H., *Acesso à justiça, jurisdição (in) eficaz e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

⁸ MARTÍN. C., *Derecho ambiental de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, 2005, p. 14.

⁹ Ídem.

reparación o restitución, señalando que el tribunal competente podría establecer la manera de reparación por parte del victimario a favor de la víctima.

C. Recomendación No R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa A los Estados miembros y No R (87) 21

Siguiendo con este recorrido, encontramos la Recomendación No R (87) 20 de 17 de septiembre de 1987. En esta ocasión, el Comité de Ministros del Consejo realiza una serie de recomendaciones relacionadas con las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización. Dentro de esta Recomendación se incluyen varias de las consideraciones reunidas en las Reglas de Beijing de las Naciones Unidas en las que se analiza la prevención, la desjudicialización, la justicia de menores, las intervenciones y las investigaciones.

Asimismo, se señalan un conjunto de acciones concretas a favor de las víctimas, entre las que se encuentra la mediación, se insta a fomentar las experiencias de la mediación en la víctima y el victimario. Esta es sustituida por la Recomendación R (2006) 8 del Consejo Europeo sobre la asistencia a las víctimas de delito.

D. Recomendación No R (99) 19, de 15 de Septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa

El 15 de septiembre de 1999 se profiere la Recomendación No R (99) 19, relativa a la mediación en materia penal, siendo de vital importancia pues se ha convertido en una de las principales bases que amparan la justicia restaurativa mediante la mediación¹⁰.

Dentro de esta Recomendación se entiende por mediación: "Cualquier proceso que permite a la víctima y al reo participar activamente, si lo consintieran libremente, en la solución de las dificultades ocasionadas por el delito con la ayuda de un tercero independiente (el mediador)".

Se detallan también los principios básicos de la mediación como son la voluntariedad de las partes durante el proceso de mediación con la posibilidad de retractarse cuando consideren. Asimismo, se habla de la confidencialidad de las partes y de los mediadores y se estima que la mediación deberá ser un servicio disponible de manera general, a más de estar disponible en todas las fases del proceso penal. Por último, es especialmente importante señalar que esta Recomendación busca darle a la mediación la suficiente autonomía en el sistema de justicia penal.

La Recomendación 99 es actualizada y desarrollada por la Recomendación CM/Rec(2018)8 sobre justicia restaurativa en asuntos penales.

¹⁰ *Ibíd.* p. 129.

E. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012

En este punto, es menester señalar que las Recomendaciones y las Directivas ocupan posiciones distintas dentro de la escala de fuentes del derecho europeo. La principal diferencia entre uno y otro es su obligatoriedad dado que las Directivas son vinculantes mientras que, como se ha expuesto, las Recomendaciones no lo son. Para la doctrina, la Directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales "la elección de la forma y de los medios"¹¹.

De esta manera, las Directivas producen efectos jurídicos en cuanto se puede exigir la concreción de determinado resultado. En este contexto, es importante destacar la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2012. En esta se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Como aspecto importante, debemos decir que esta regulación sustituye a la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) e igualmente, se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo a la protección de las víctimas de delitos. En el artículo 10 de la Decisión 2001/220/JAI se hace referencia a la mediación penal concretamente: "Mediación penal en el marco del proceso penal. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se pres-ten a este tipo de medida. Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consi-deración todo acuerdo entre víctima e inculpa-do que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales".

Por otra parte, en el artículo 12 de la Directiva del 2012, se desarrolla el derecho a las garantías en el contexto de los servicios de la justicia reparadora y se describen las garantías que se deben cumplir para que la víctima esté segura al participar en un proceso de justicia restaurativa. Ellas son: el libre consentimiento de la víctima, el reconocimiento de los elementos fácticos por parte del infractor, la voluntariedad en el acuerdo, y la confidencialidad durante todo el proceso. Es pertinente mencionar que aun cuando el principal enfoque recae en la víctima, éste se desarrolla bajo los especí-ficos parámetros de la justicia restaurativa.

¹¹ MARTÍN. C., *Derecho ambiental...*, op. cit., p. 3.

2.1.3. Resoluciones y declaraciones en América Latina

A. Declaración de Costa Rica sobre la Justicia restaurativa en América Latina

Al igual que sucede en Europa, Latinoamérica ha adoptado numerosos instrumentos que buscan consolidar una cultura jurídica en donde la justicia restaurativa tome un papel protagónico. Un instrumento que muestra claramente esta intención es la llamada “Declaración de Costa Rica sobre la Justicia Restaurativa en América Latina”, del mes de septiembre del año 2005. Declaración que está claramente inspirada en la Carta de Aracatuba acogida por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Se trata de un documento que no implica obligación alguna para los Estados participantes, sino más bien dispone recomendaciones e indicaciones. Sus contenidos se enmarcan dentro de la desconfianza que tiene la población frente a la justicia tradicional, la necesidad de establecer procesos de asistencia a las víctimas en el marco de actuaciones restaurativas y que se busca modificar las legislaciones nacionales en favor de la adopción de los principios de justicia restaurativa como métodos complementarios. Dentro de la Declaración se procede igualmente a definir el proceso restaurativo, las formas que podrían ser incluidas como resultados restaurativos; al igual que los valores y principios en los que están basados, siempre en pleno respeto y ejercicio a los derechos humanos.

Finalmente, como en los principios básicos adoptados por la ONU, en la Declaración de Costa Rica también se elabora una especie de programa de acción destinado a implementar en los países de la región, mecanismos de Justicia Restaurativa. Pero, más que una enumeración de medidas prácticas, se refiere a una serie de iniciativas que se recomienda impulsar a fin de promover el uso de este mecanismo de justicia, y particularmente, su aceptación por parte de la población. Esta cuestión es importante ya que uno de los principales obstáculos que puede encontrar el uso de la Justicia Restaurativa es el rechazo por parte de la ciudadanía, que puede verla como una forma de consagrar la impunidad de los delincuentes.

Entre las estrategias para implementar la Justicia Restaurativa en la Declaración de Costa Rica se enumeran las siguientes:

- Concientización y educación sobre Justicia Restaurativa, lo que incluye abrir el diálogo e implementar programas de Justicia Restaurativa en todos los niveles, particularmente en el ámbito educacional y universitario. Asimismo, se promueve un cambio cultural en la población a través de mostrar en los medios de comunicación las bondades y buenos resultados que el uso de mecanismos como estos puede tener.
- Promoción de la Justicia Restaurativa en las comunidades, haciendo un uso real de ella mediante la implementación de distintos programas prácticos de resolu-

ción alternativa de conflictos, para que su aplicación vaya mucho más allá del sólo discurso.

- Aplicación de la Justicia Restaurativa en el sistema penal, derivando progresivamente más casos judiciales hacia esta forma alternativa de resolver el conflicto y reservando la cárcel sólo como último recurso, cuando la restauración no sea posible.
- Readecuar la legislación y las políticas públicas. Esto exige “aplicar con la legislación vigente de cada Estado políticas que apliquen la JR y además Desarrollar legislación según los postulados de la JR para eliminar o reducir barreras sistemáticas legales para el uso de la JR, para incentivar el uso de JR, para crear mecanismos que proveen dirección y estructura a programas de JR, para asegurar la protección de derechos de victimarios y víctimas que participen en programas restaurativos y para establecer principios guías y mecanismos de monitoreo para adherirse a dichos principios”¹².

B. Declaración de Tegucigalpa

Los días 20 y 21 de noviembre de 2008 se reunieron funcionarios de instituciones de Gobierno, comunidad internacional y sociedad civil, en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, para la celebración del Primer Foro Regional de Justicia Penal Juvenil denominado “Sistemas de Justicia Juvenil en Centroamérica: Actualidad y Desafíos”.

El término justicia juvenil con enfoque restaurativo ha sido utilizado desde hace años dentro de la comunidad iberoamericana. Su desarrollo conceptual y práctico así como la adhesión e implicación de los distintos países e instituciones y sus postulados, ha ido ganando importancia en varios foros especializados, discusiones y reflexiones de profesionales y responsables públicos en los países de Iberoamérica¹³. Este término se debatió y enunció por primera vez en noviembre de 2008 en Tegucigalpa, durante el Primer Foro Regional de Justicia Penal Juvenil.

Su importancia radica en que en este contexto se sentaron las bases para consolidar un sistema tratamiento distinto de jóvenes y adolescentes en los sistemas penales de la región, debido a la ineficacia que se había puesto de manifiesto hasta aquel momento. Las Recomendaciones en este documento se dividen en cuatro aristas: a nivel normativo, a nivel de políticas, a nivel de organización y funcionamiento institucional de los sistemas nacionales, y a nivel de rehabilitación –reinserción e inserción–.

En lo referente a las Recomendaciones de nivel normativo se insta a los Estados a: ratificar la Convención Iberoamericana de los Derechos de la Juventud, rever los siste-

¹² Declaración de Costa Rica sobre la justicia restaurativa en América Latina, 2005, artículo 3.4

¹³ CAMPISTOL C. y HERRERO V., “Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa. Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal”, Centro de Formación de la Cooperación Española en Cartagena de Indias, AECID, 2015.

mas normativos de vigilancia y control de ejecución de medidas, y adecuar el proceso penal juvenil.

En las Recomendaciones a nivel de políticas se exhorta a los Estados que se asignen recursos e implementen políticas públicas sociales dirigidas a la niñez y adolescencia, políticas criminales con enfoque en prevención, rehabilitación, reinserción e inserción; como también así, el fomento de los procesos que fomenten los programas sociales.

Dentro de las Recomendaciones a nivel de organización y funcionamiento institucional de los sistemas nacionales, se insta a resolver las dificultades de acceso a la justicia mediante la desjudicialización de las problemáticas sociales y la extensión progresiva de la cobertura jurisdiccional; además se sugiere el fomento de la capacitación al personal operador de los sistemas de justicia penal juvenil; igualmente la revisión de los equipos multidisciplinarios dentro de este sistema.

Finalmente, en las Recomendaciones a nivel de rehabilitación, reinserción e inserción, se plantea que los Estados den un adecuado tratamiento de la adolescencia en conflicto con la Ley penal mediante estrategias educativas, laborales, socio-familiares y recreativas. Se pone hincapié en que el adolescente infractor pueda cumplir su condena en un régimen distinto al de los adultos, separados de éstos. Y finalmente, se propende al establecimiento de sistemas post-condena que acompañen al joven en el proceso de reinserción o inserción social.

C. Declaración de Lima sobre Justicia Restaurativa

Congreso Mundial sobre Justicia Juvenil Restaurativa celebrado en noviembre de 2009 en Lima, ofreció como resultado la denominada “Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa” en la que se profundizó sobre este concepto y se definieron algunos elementos clave consensuados entre los 63 Estados participantes. Dicha Declaración refleja el resultado de los debates realizados a lo largo del Congreso, dando como resultado un cúmulo de recomendaciones sobre las acciones a realizar a futuro para impulsar, desarrollar y aplicar los métodos de justicia restaurativa.

Así también se retoma el debate en cuanto a la definición de justicia restaurativa y se llega al consenso con la siguiente definición: “la justicia juvenil restaurativa es una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la Ley, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causado por el delito cometido. Este objetivo requiere un proceso en el que el agresor juvenil, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que se originan del delito. No existe un sólo modelo para la práctica de este enfoque de justicia restaurativa [...]”.

La declaración finaliza con diez recomendaciones dentro del apartado d), entre las cuales se recomienda a los Estados que se encuentran en proceso de introducir la justicia juvenil restaurativa a decidirse a aplicarla en todo el país y con una base sólida

de medidas legislativas. Se presta especial atención a niños y niñas en estado de vulnerabilidad; así como también, al cambio del enfoque legal convencional y la posible implementación de los programas de justicia juvenil restaurativa.

D. Declaración de San Salvador: “hacia una Justicia Restaurativa en Centroamérica”

El Segundo Foro Regional de Justicia Penal Juvenil, celebrado en noviembre de 2009 en San Salvador, se desarrolla en el contexto de la celebración del vigésimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño, y da como resultado la Declaración de San Salvador. En ella se legitiman todas las reflexiones de los foros anteriores y se asume el fracaso de las políticas denominadas de mano dura, súper dura y tolerancia cero.

Durante este foro se llegó a un consenso sobre diferentes recomendaciones a nivel normativo dentro de las políticas públicas, en la organización y funcionamiento institucional, dando énfasis a la rehabilitación, reinserción e inserción de los niños, niñas y jóvenes que ha realizado acciones delictivas. Por otro lado, se reconocen los beneficios de la justicia restaurativa juvenil tales como: la reparación directa o indirecta de las víctimas y la sociedad, el ahorro que representa tanto en términos humanos como económicos para los Estados, la diversificación en las respuestas penales, la reducción de la criminalidad y la reincidencia de los jóvenes infractores; entre otros.

Por último, debemos mencionar que entre las principales recomendaciones brindadas se encuentran varias que se tocaron previamente durante el Primer Foro Regional, manifestados en la Declaración de Tegucigalpa. Entre las principales diferencias se encuentra el llamado a los medios profesionales de comunicación a que se propicie la incorporación de la voz y experiencias de jóvenes promoviendo las políticas públicas en materia de justicia restaurativa; también el llamado a la Cooperación Internacional para incorporar de carácter prioritario en sus agendas, iniciativas relacionadas a la justicia restaurativa, como estrategia a la reducción de la violencia.

E. Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil en República Dominicana

El Encuentro Iberoamericano en Justicia Juvenil Restaurativa realizado en el mes de abril del 2014, presentaba el objetivo de generar un espacio común que permitiese profundizar y legitimar a nivel iberoamericano todos aquellos postulados analizados en foros anteriores en relación a la justicia restaurativa de menores. En este segundo encuentro se llegó a un consenso sobre los lineamientos comunes que han de regir en materia de justicia juvenil en las políticas de los países iberoamericanos¹⁴. Finalmente, y como resultado se firmó la Declaración Iberoamericana de justicia juvenil en República

¹⁴ Ídem.

Dominicana¹⁵. Sin duda, la aprobación de esta declaración por el plenario de ministros de Justicia de los países Iberoamericanos supuso un hito sin precedentes para la justicia juvenil. No obstante, el reto comenzaba en ese momento, por eso una vez aprobada la declaración se establecieron dos objetivos:

1. Conseguir que las otras organizaciones iberoamericanas del sector de la justicia juvenil se sumen a esta Declaración y la adapten a sus funciones, particularmente la Cumbre Iberoamericana de Justicia, que es el órgano supranacional iberoamericano que aglutina a todas la Cortes Supremas y órganos de poder judicial, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Iberoamericana de Defensorías Públicas, el Organismo Iberoamericano de Juventud, con representación de todos los Ministerios de Juventud y la Liga Iberoamericana de Sociedad Civil, que aglutina la representación de instituciones no gubernamentales de los países iberoamericanos.
2. Consensuar una hoja de ruta y conformar un grupo de trabajo interinstitucional a nivel iberoamericano que promueva, impulse y coordine las acciones precisas para hacer de la Declaración una realidad práctica.

2.1.4. Otros

A. Congreso Mundial de Justicia Restaurativa, enero 2015

Con más de 900 participantes de 80 países, se celebró en Suiza del 26 al 30 de enero de 2015 el Congreso Mundial de Justicia Juvenil. Se organizó con los objetivos de reafirmar y fortalecer los estándares de justicia restaurativa de menores, facilitar el intercambio de buenas prácticas a nivel mundial, y promover la cooperación internacional y el seguimiento en esta área.

B. Encuentro de autoridades Iberoamericanas para el impulso e implementación de la declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil

Entre el 20 y el 22 de septiembre de 2016 se celebró en Antigua Guatemala el encuentro de autoridades iberoamericanas en el que se diseñó y aprobó la hoja de ruta para la implementación de la Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa en esta región.

¹⁵ El I Encuentro Iberoamericano en Justicia Juvenil Restaurativa, abril 2014, Cartagena de Indias, da como resultado la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa

2.2. Inicios y conceptos de la Justicia Restaurativa de menores

2.2.1. *Declaración de los Derechos del Niño*

El 20 de noviembre de 1959, once años después de la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, se aprueba de manera unánime por los 78 Estados miembros la Declaración de los Derechos del Niño, cuyos principios nacen originalmente de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, donde por primera vez se reconocía la existencia de derechos específicos de los niños, al igual que la responsabilidad de los adultos para con ellos¹⁶.

En dicha Declaración se recogen diez principios que resaltan el concepto de que los niños necesitan protección y cuidado especial antes y después del nacimiento. Ellos son: la no discriminación, la protección especial para su desarrollo, el derecho a un nombre y a una nacionalidad, salud y cuidados prenatal y postnatal, igualdad de oportunidades, educación gratuita, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro, y el amparo frente a toda forma de abandono y explotación.

2.2.2. *Convención de los Derechos del Niño y su modelo de justicia para adolescentes*

Por otro lado, en noviembre de 1989 durante la Asamblea General de las Naciones Unidas, se firma la Convención sobre los Derechos del Niño. Su diferencia con los instrumentos antes mencionados radica, entre otras cuestiones, en la extensión (cuenta con 54 artículos), y en que se convierte en el primer instrumento de cumplimiento obligatorio para todos los Estados, reconociendo a los niños y niñas como agentes sociales y como titular de sus propios derechos.

Dentro del artículo 40 de la Convención se detallan principios relacionados con la Justicia Restaurativa de Menores, que se han ido trabajando en las declaraciones mencionadas en el ítem anterior. Ellos son los siguientes:

- Tratar al niño(a) en conflicto con la Ley de manera consistente con la promoción del sentido de dignidad y valor del niño(a).
- Fortalecer el respeto del niño(a) por los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros.
- Promover la reintegración del niño(a) y que éste asuma un rol constructivo en la sociedad.

¹⁶ PEREZ, C. y IBARROLA L., *Declaración de los Derechos de Niño*, 1959. Disponible en <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>

Por su parte, dicha Convención exige a los Estados promover el establecimiento de procedimientos y leyes que se apliquen a los niños en conflicto con la ley, al igual que el establecimiento de la edad mínima de la responsabilidad penal a fin de que los niños sean tratados acorde a su bienestar y proporcional a las circunstancias.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce “el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las Leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas Leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad” (artículo 40.1).

La Convención sobre los Derechos del Niño alienta el establecimiento de un sistema de justicia específico para los niños (artículo 40.3); insta a tomar medidas para tratar al niño sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales (artículo 40.3 b), y prevé diversas medidas para que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y de forma que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida (artículo 40.4).

La adhesión y ratificación de la Convención insta a los Estados a modificar su doctrina legal elaborando y aplicando una política general de justicia de menores a fin de prevenir y luchar contra la delincuencia juvenil, afrontándola sin acudir a procesos judiciales.

3. ANÁLISIS COMPARADO DE LOS MODELOS DE JUSTICIA DE MENORES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESPAÑOL, ECUATORIANO Y FINLANDÉS

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ciertamente ha propiciado un escenario en donde el menor se ha ido adecuando a su carácter de ciudadano, asumiendo un papel mucho más activo en la sociedad como sujeto que detenta derechos, pero también responsabilidades¹⁷. Al mismo tiempo, ha supuesto un necesario ajuste de las legislaciones de numerosos países que han hecho grandes esfuerzos para adaptarse a esta nueva conciencia colectiva.

En materia legislativa española, han sido expedidas múltiples normas tanto a nivel central o autonómico tendientes a incorporar este nuevo esquema. En este escenario, destacan especialmente la Ley Orgánica 1/1996, 15 de enero, de Protección Jurídica

¹⁷ LINACERO DE LA FUENTE, M., “Protección jurídica del menor: reconociendo que el niño, para el pleno... (Convención de las Naciones Unidas, sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989)”, Montecorvo, 2001.

del Menor; así como la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su Reglamento de Desarrollo, aprobado mediante Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

Ahora bien, es esta última Ley Orgánica, también conocida como la “Ley del Menor”, la que rige todo lo relacionado con el derecho penal de menores en España. Dicho modelo ha sido denominado “modelo penal de tratamiento” debido a su doble naturaleza sancionadora-educativa, aspecto que es anunciado desde su misma Exposición de Motivos¹⁸. No obstante, la Ley se asegura de establecer un procedimiento con todas las garantías, rodeado de todos los paradigmas propios de los modelos jurídico-penales actuales.

A nivel europeo también ha habido grandes avances en pro de satisfacer todas las exigencias internacionales. En este contexto se destaca la Directiva 2016/800/UE de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de menores sospechosos o acusados en los procesos penales. Resalta de esta Directiva (cuya transposición debe darse a más tardar el día 11 de junio de 2019) que se define como “menor de edad” al individuo que no ha cumplido dieciocho años en el momento de la comisión de un hecho punible y que queda “sometido al proceso penal y/o resulta buscado en virtud de una orden europea de detención, con independencia de que las legislaciones nacionales tomen o no esa referencia de edad como base para determinar la responsabilidad penal” (arts. 2.5 y 3.1)¹⁹.

Igualmente, encontramos en su texto que se contempla una interesante presunción de minoría de edad que plasma en el art. 3 y un llamamiento a los Estados miembros para que apliquen y/o mantengan todas o buena parte de las garantías que reconoce a quienes, habiendo cometido el hecho siendo menores, alcancen los dieciocho años mientras siguen sujetos al proceso penal y hasta que cumplan los veintiuno (art. 2.3 y considerandos 11 y 12)²⁰.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe el Código de la Niñez y la Adolescencia. Este sistema, siguiendo los principales postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, proclama que los menores y adolescentes son sujetos de derecho, pero también son responsables por los delitos cometidos por éstos. Al igual que lo que sucede en España, el enfoque empleado en este país busca adoptar medidas no sólo de carácter correctivo sino también educativo, siendo la principal de sus motivaciones la de rehabilitar al menor²¹.

¹⁸ VIDAL HERRERO, M., “Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un ‘modelo social de responsabilidad’ del menor infractor”, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015, p. 18.

¹⁹ ARANGÜENA FANEGO, C., “Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales”, en *Diario La Ley*, no 8950, 2017. Cfr. http://diariolaley.laley.es/home/DT0000243037/20170303/ProteccionDatos.aspx#tDT0000243037_NOTA1

²⁰ Ídem.

²¹ CELIN VACA, J., “La Inimputabilidad del Adolescente frente al Derecho Vulnerado de la Víctima,

En definitiva, ambos sistemas consagran un “modelo de responsabilidad social” empapado de una “filosofía reparadora” que propugna la exigencia al menor infractor de una elemental responsabilidad por la comisión de un hecho delictivo, la asunción de consecuencias a sus actos; pero siempre teniendo presente la necesidad de que ese sistema de responsabilidad se diferencie del derecho penal común²². Todo esto en el marco de un “problema social” de delincuencia juvenil que surge por el fallo de los grupos de desarrollo primario de los individuos (familia, colegio, grupo de iguales, ambiente, etc.), lo cual amerita la intervención subsidiaria de un sistema mínimo de “castigos positivos” que propicien la integración del menor, que es muy diferente a la lógica que pretende “darle su merecido” al menor como forma de tranquilizar a la sociedad²³.

Por otro lado, encontramos el modelo finlandés propio de un desarrollo llevado a cabo en los países nórdicos durante las primeras décadas del siglo pasado. En palabras del profesor LAPPI-SEPPÄLÄ: “estos países idearon un sistema de legislación de protección de la infancia que busca intervenir en el comportamiento de los niños. Esto significó el nacimiento modelo de justicia nórdico específico que se diferencia del sistema de justicia juvenil europeo continental y anglosajón que son sistemas con tribunales juveniles específicos y códigos solo para delincuentes juveniles”²⁴. De esta manera, “los menores responsables de hechos delictivos son tratados tanto por el sistema de justicia penal de adultos, con limitaciones, como por el sistema de bienestar de menores”²⁵.

En este punto debemos destacar que el modelo nórdico se ha convertido en un referente mundial de tratamiento del menor, por lo que consideramos imperativo hacer un esfuerzo comparado con los sistemas de juzgamiento juvenil de países como España y Ecuador en aras de verificar la efectividad de cada uno y, de ser necesario, proponer formas de mejorar la actuación estatal.

Con el propósito de abordar la cuestión de la manera más eficiente y concreta, el presente capítulo estará dividido en dos partes. En la primera parte, analizaremos los límites de edad previstos para el tratamiento juvenil. En la segunda, nos centraremos en el sistema procesal, haciendo algunos comentarios relacionados con los tribunales, fiscales, defensores y los servicios de asistencia del menor.

dentro de la Cuarta Unidad Judicial de Garantías Penales Contravenciones y Menores Infractores de la ciudad de Quito en el Primer Semestre del 2015”, tesis, Universidad Central de Ecuador, 2016, p. 16.

²² VIDAL HERRERO, M., “Crítica al modelo...”, op. cit., p. 20.

²³ Ídem.

²⁴ LAPPI-SEPPÄLÄ, T., Alternatives to custody for young offenders. National report on juvenile justice trends. Internacional Juvenile Justice Observatory, Finlandia, 2011, p. 1, disponible en: https://www.oijj.org/sites/default/files/baaf_finland1.pdf.

²⁵ Frase atribuida a Lappi-Seppälä pero fue tomada de: GONZÁLEZ TASCÓN, M., *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común*. Valladolid: Lex nova, 2010.

3.1. Límites en la edad penal

Hemos dicho hasta aquí, que los menores tienen un estatus que genera un tratamiento jurídico – penal distinto al de los mayores de edad. Pues bien, uno de los aspectos que ha sido numerosas veces tratado es el de la definición de la noción “menor infractor” así como los límites de edad que deben ser fijados.

En especialmente complejo definir una edad concreta hasta la cual se considera que hay delincuencia juvenil pues son innumerables las discrepancias tanto sobre su conceptualización legal y su entidad sociológica, pues en esto influyen numerosos aspectos motivacionales y actitudinales no fácilmente delimitables²⁶. Para algunos autores, la calificación de menor infractor pasa por la falta de maduración psicológica del individuo que influenciado por su medio social o sus progenitores incurre en actividades delictivas. En este sentido, CRUZ Y CRUZ señala: “el conflicto se inicia en la denominación misma de menores infractores. Para muchos es ofensivo utilizar este calificativo; partiendo de la idea en boga actualmente, de que los menores, por estar aún en proceso de maduración psicológica, bajo ningún concepto puede considerarse que infrinjan las Leyes penales, sino que sus acciones son el resultado de las influencias del medio social o de sus progenitores, quienes en la mayoría de las ocasiones los determinan a incurrir en actividades delictivas”²⁷.

Sin embargo, otros autores van más allá relacionando este tipo de acciones con “conductas antisociales” y “trastornos o problemas de conducta”²⁸, siendo un fenómeno que va peligrosamente en aumento en las sociedades occidentales. Acudiendo a criterios un tanto más objetivos, podríamos decir que la noción de menor infractor involucra a un “chico o chica mayor de catorce años y menor de dieciocho años, por la transcendencia de los comportamientos contrarios a la Ley que puedan cometerse en esa franja de edad y su relevancia jurídico-penal, criminológica y victimológica”²⁹.

En este punto, es importante señalar que la edad del infractor sí es un asunto especialmente relevante pues las tasas de criminalidad se encuentran fuertemente concentradas en toda la franja que va entre los dieciséis y diecisiete años, lo que se ha denominado la “curva de la edad”³⁰. Al determinarse lo anterior la respuesta penal puede ser más eficaz, pues se pueden identificar e individualizar los distintos tipos de delinquentes y así “poder organizar la intervención o tratamiento con el menor infractor, y diseñar los instrumentos de reeducación específicas”³¹.

²⁶ MONTERO HERNÁNDEZ, T., “Legislación Penal Juvenil Comentada y Concordada”, en *La Ley*, Madrid, 2011. Pág. 1(47) a 108.

²⁷ CRUZ Y CRUZ, E., “El concepto de menores infractores”, en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 3 núm. 5, p. 335.

²⁸ IJI, DSM., *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Barcelona: Masson, 1983.

²⁹ OCÁRIZ PASSEVANT, E., “Menores infractores/menores víctimas: hacia la ruptura del círculo victimal”, en *Eguzkilore*, núm 23, 2009.

³⁰ VIDAL HERRERO, M., “Crítica al modelo...”, op. cit., p. 105.

³¹ Ídem.

Si nos vamos a las legislaciones concretas de cada uno de los países que estamos estudiando encontramos que, en el caso particular del Ecuador, la edad del menor infractor se encuentra definida en el artículo 2 del Código de la Niñez y Adolescencia que habla de los sujetos destinatarios de protección por parte de dicha norma: “Art. 2.-Sujetos Protegidos. Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años. Por excepción protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código”.

De la norma transcrita se podría pensar que en el sistema ecuatoriano todos los menores obtienen el mismo tratamiento penal por el simple hecho de tener menos de 18 años, sin hacer ningún tipo de disquisición respecto de un rango de edad más específico. Sin embargo, el artículo 306 de este mismo código señala que “los adolescentes que comenten infracciones tipificadas en la Ley penal estarán sujetos a medidas socio-educativas por su responsabilidad”, mientras que el 307 consagra expresamente que los niños y niñas son absolutamente inimputables. En este sentido, se consideran “niños” a toda “persona que no ha cumplido doce años de edad” y adolescente a la “persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad” (artículo 4 de la misma Ley).

En lo que respecta al sistema español, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000 señala lo siguiente: “4. El artículo 19 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente”. El artículo 1 de la ley expresa que sus disposiciones se aplicarán a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las Leyes penales especiales.

A diferencia de los dos modelos anteriores, el modelo finlandés fija una escala de edades más detallada con el propósito de lograr un tratamiento penal más efectivo. En palabras de LAPPI-SEPPÄLÄ, podemos destacar: “es evidente que el trato hacia los menores es diferente que hacia los adultos. En primer lugar, todos los menores de menos de 15 años están exentos de responsabilidad penal y están sometidos al sistema de protección de menores. Los menores infractores de entre 15 y 17 años son juzgados de acuerdo con el sistema de protección de menores y el sistema de justicia penal. Los jóvenes de entre 18 y 20 años son juzgados por las autoridades de justicia penal. Esto significa que Finlandia tiene un doble sistema de seguimiento. Así, el grupo de menores de 15 años son juzgados de acuerdo con el sistema de protección de menores, el grupo de entre 15 y 17 años son juzgados en base a los dos sistemas y los jóvenes adultos (de entre 18 y 20 años) son juzgados exclusivamente por las autoridades de justicia penal. Se ha de tener en cuenta ambos sistemas al hablar del sistema de justicia para jóvenes finlandés”³².

³² OLMEDO GOMEZ, J., “Derecho penal juvenil en Finlandia, entrevistas OIJJ”, 2010. Disponible en <http://proteccionyrefomajjuvenil.blogspot.com.es/2010/07/derecho-penal-juvenil-en-finlandia.html>

A continuación, aportamos un gráfico en el que se detallan los rangos de edades en cada sistema:

	Ecuador	España	Finlandia
Exoneración de responsabilidad	Menores de 12 años	Menores de 14 años	Menores de 15 años
Responsable penalmente	12-18	14-18	15-18
Tratamiento	Medidas del Código de la Niñez y la Adolescencia	Aplicación Ley Orgánica 5/2000	Los menores infractores entre 15 y 17 años son juzgados de acuerdo con el sistema de protección de menores y el sistema de justicia penal. Los jóvenes de entre 18 y 20 años son juzgados por las autoridades de justicia penal.

Sistema Procesal: límites de edad penal.

3.2. Sistema procesal: tribunales, fiscales, abogados, defensoría, servicio de menores

Como ha quedado en evidencia, la primera consecuencia político-criminal de la protección de los menores infractores consiste en la remisión a una Ley de responsabilidad penal especial que se diferencia de la que ampara el comportamiento de los adultos³³. En España, esta prerrogativa comprende además la posibilidad de que el asunto no sea conocido por un Juez Penal ordinario sino por un Juez del Menor, quien está sometido a un conjunto de reglas distintas.

Durante el procedimiento, el artículo 24 de la Ley Orgánica 5/2000 o Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor –en adelante LORRPM–, establece el secreto del expediente de reforma presentado contra el menor, siempre que así lo solicite el Ministerio Fiscal, el propio menor o quien representa sus intereses dentro del procedimiento, o por quien se ejercite la acción penal, total o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un periodo determinado de tiempo³⁴. En la fase de instrucción el proceso penal no es público, no pudiéndose decir que se afecta el derecho de publicidad sino únicamente el derecho de las partes a conocer la marcha del procedimiento para ejercitar su derecho de defensa³⁵.

³³ VIDAL HERRERO, M., “Crítica al modelo...”, op. cit., p. 380.

³⁴ LORRPM, cit. Art. 24: “El Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, o de quien ejercite la acción penal, podrá decretar mediante auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un periodo limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Este incidente se tramitará por el Juzgado en pieza separada”.

³⁵ VIDAL HERRERO, M., “Crítica al modelo...”, op. cit., p. 381.

Lo anterior es consecuente con la limitación consagrada en el artículo 35 de la LORRPM que consagra que “en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”³⁶. Esta prohibición es lógica, en especial si tenemos en cuenta el impacto que puede suponer respecto de la dignidad del niño el mero hecho de que se le relacione con una conducta delictiva determinada. Por ello, la protección de sus datos es un imperativo que debe ser observado estrictamente por la necesidad de no someter al menor al escarnio público.

En cuanto a los sujetos involucrados en la actuación debemos decir que, de acuerdo con el artículo 23 de la LORRPM, corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción del proceso, la valoración de la “participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta” y la labor de proponer medidas concretas “de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor”, entre otras cosas. En lo que tiene que ver con las vistas en el desarrollo de la actuación, la Fiscalía General del a través de la circular 1/2000, de 18 de diciembre, estableció la posibilidad de celebrarlas en ausencia del menor, como esfuerzo por llenar el vacío normativo dejado por la LORRPM que guarda silencio frente a esto.

Sin embargo, algunos autores entienden que esto es una medida excepcional y que sólo tiene lugar como consecuencia de la necesaria protección del menor. Para esto se exige “que el menor infractor haya sido oído durante la instrucción, que el fiscal instructor lo solicite expresamente en su escrito de acusación, que el juez de menores entienda que existen elementos suficientes para su enjuiciamiento sin necesidad de su presencia, que la defensa sea oída en aras del principio de legalidad y contradicción, y que la medida solicitada no exceda de dos años si es privativa de la libertad, o de seis años cuando se trate de una medida de distinta naturaleza”³⁷.

De acuerdo con la LORRPM, el juez debe motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida judicial –amparado en el informe del Equipo Técnico–, así como el plazo de duración. En este sentido, el artículo 7 establece que para la elección de la medida adecuada se debe atender de modo flexible no sólo a la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sino también a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor³⁸.

³⁶ LORRPM, cit. Art. 35: 2. “El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada –siempre el menor infractor– o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación. 3. Quienes ejerciten la acción penal en el procedimiento regulado en la presente Ley, habrán de respetar rigurosamente el derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que obren en el expediente instruido, en los términos que establezca el Juez de Menores. Quien infrinja esta regla será acreedor de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar”.

³⁷ VIDAL HERRERO, M., “Crítica al modelo...”, op. cit., p. 383.

³⁸ LORRPM, cit. Art. 7: 3. “Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias

En lo que respecta al caso ecuatoriano, el juzgamiento de los menores se encuentra asignada a una serie de jueces especiales que hacen parte de lo que la Ley 2002-100 o Código de la Niñez y Adolescencia llama la “administración de justicia especializada de la niñez y la adolescencia”. Dentro de este esquema, se prevé la creación de una Oficina Técnica, como apoyo a los jueces, la cual estaría integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y otros profesionales especializados según las necesidades establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura, órgano de gobierno de los jueces.

Como ya se mencionó en los acápites precedentes, el sistema penal juvenil ecuatoriano únicamente prevé el juzgamiento de adolescentes pero no de niños y niñas, pues estos últimos son absolutamente inimputables. En este contexto, el proceso de juzgamiento debe establecer el grado de participación del adolescente en el hecho que se le acusa, tiene como finalidad investigar las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente, su conducta, el medio familiar y social en el que se desenvuelve; de manera que el juez pueda aplicar la medida socio-educativa más adecuada para fortalecer el respeto del adolescente.

Al igual que sucede en el sistema de mayores, los menores deben estar asistidos en todas las instancias procesales por un abogado, de lo contrario le será asignado un abogado de oficio. En lo que tiene que ver con la investigación, este sistema consagra la creación de fiscales especiales para adolescentes infractores³⁹ estableciendo dentro de sus funciones, no sólo la de instruir el proceso, sino también la de decidir si se justifica el ejercicio de la acción penal en atención al mérito de la investigación; la de procurar la conciliación; decidir la remisión del expediente; proponer formas anticipadas de terminación del proceso; brindar protección a las víctimas, testigos y peritos; y dirigir la investigación de la policía especializada en los casos que instruye.

Como se advierte, la tarea policial es desplegada por un cuerpo especializado conformado por un personal técnico que deberá aprobar una capacitación relacionada con la protección de la niñez y la adolescencia. Ahora bien, la intervención del ofendido cobra vital importancia en lo que respecta al inicio de la investigación, pues éste tiene la capacidad de poner en conocimiento del fiscal la ocurrencia del ilícito, siendo necesaria su denuncia en los eventos en que la conducta este catalogada dentro de aquellos considerados a instancia del particular.

Concluida la investigación y en caso de que el fiscal considere que ha habido una participación del menor en alguna conducta considerada como delito, este deberá proferir un dictamen acusatorio en el cual constarán “la infracción con las circunstancias,

familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el art. 27 de la presente Ley. El juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”.

³⁹ Artículo 336 del Código de la Niñez y Adolescencia.

los nombres y apellidos del adolescente investigado, el lugar donde debe citársele, los elementos de convicción reunidos y los fundamentos de derecho”⁴⁰. Una vez agotado el procedimiento subsiguiente, el juez del adolescente infractor proferirá “resolución que absuelva al adolescente o establezca su responsabilidad y aplique las medidas socio-educativas que corresponda”.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurre en España y Ecuador –en donde cada uno de los actores parece tener un papel individual y separado–, en Finlandia el procedimiento penal se basa en la cooperación entre la policía, el fiscal, la oficina de mediación, el servicio de libertad condicional, los servicios sociales y el bienestar infantil y los tribunales⁴¹. En este esquema observamos, en primer término, la ausencia de una policía especial para menores, aun cuando existen algunas zonas en donde a nivel policial se manejan disposiciones en relación con estos⁴².

De acuerdo con LAPPI-SEPPÄLÄ⁴³ cuando dichos cuerpos policiales conocen de una conducta cometida por un menor de 15 años que es sospechosa de ser un delito, el menor puede ser interrogado a pesar de que no puede ser catalogado como responsable, precisamente por su edad, y mucho menos arrestado o puesto bajo custodia policial. En los eventos en que el sospechoso sea menor de 18 años, los padres y el oficial de bienestar infantil o *child welfare official*, pueden estar presente durante el interrogatorio, que usualmente es efectuado por un agente de policía especialmente capacitado para tratar con jóvenes.

En esta primera parte se desarrolla una estrecha relación de colaboración entre la policía y el servicio de bienestar del menor, dándole paso al fiscal correspondiente que deberá buscar opciones distintas al procesamiento, incluyendo la mediación. La opción de no someter a un proceso al menor puede venir acompañada de una amonestación oral que es comunicada por el mismo fiscal en una vista celebrada en su despacho. En lo que respecta a los jóvenes adultos (cuyas edades van desde los 18 a los 20 años), su acusación es un tanto distinta, pues para ellos se prevé la realización de informe personal de investigación que eventualmente puede derivar en una sentencia condenatoria que es un poco más severa que una simple amonestación o multa.

No obstante lo anterior, el mencionado reporte es redactado también por un oficial de bienestar social o por el servicio de libertad condicional, según sea el caso, con el objetivo de proveer a la corte de información más detallada acerca de los antecedentes de quien delinque, así como sus circunstancias personales. Adicionalmente, se prevén otros informes que contienen un plan de castigo del menor, un plan de supervisión condicional y un informe de convivencia de trabajo comunitario. En todo caso, el ser-

⁴⁰ Artículo 344 del Código de la Niñez y Adolescencia.

⁴¹ LAPPI-SEPPÄLÄ, T., “Alternatives to custody...” op. cit., p. 3.

⁴² *Ibíd.*, p. 4.

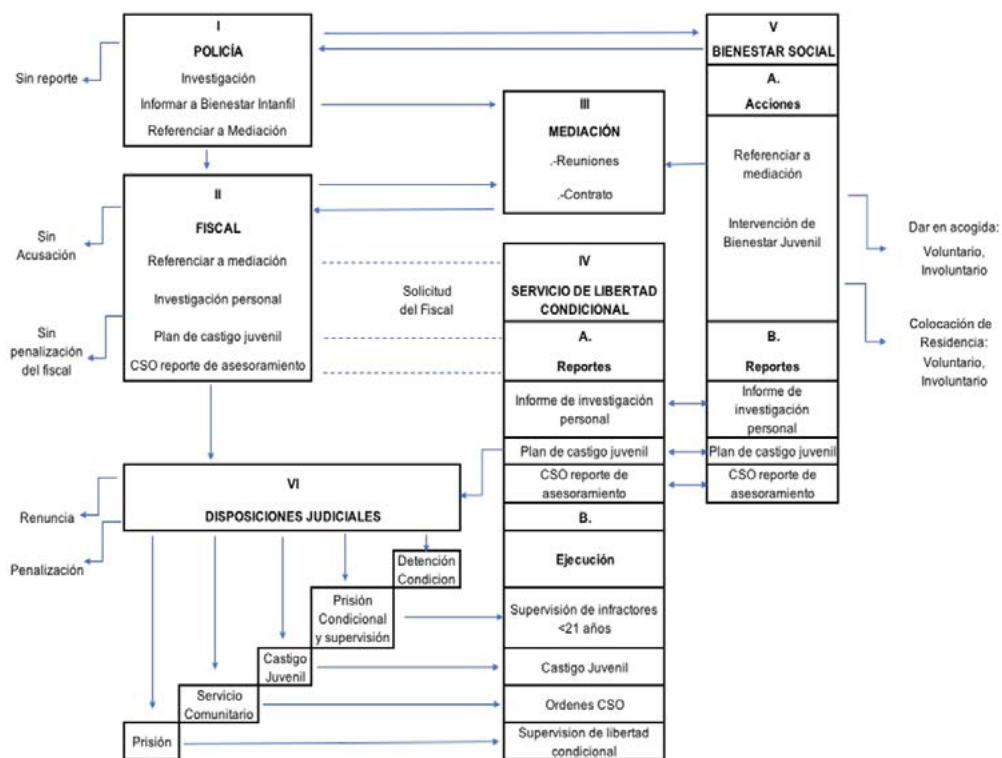
⁴³ *Ibíd.* p. 4 y siguientes. La información contenida en este documento será utilizada en los párrafos siguientes

vicio de libertad condicional tiene un papel muy activo, pues en sus informes también incluye sugerencias y propuestas para la corte.

Conforme hemos indicado, en el sistema finlandés no existen Cortes dedicadas exclusivamente a los asuntos sobre menores, sino que son tratados por jueces ordinarios. Sin embargo, existe una serie de reglas especiales cuando se trata de juzgar a menores relativas a aspectos de competencia y celeridad de la actuación. Igualmente, se dispone que el menor tiene derecho a una asesoría legal gratuita, lo cual debe suceder de oficio en los casos en que el menor no solicite la presencia de un abogado.

Una vez culminada la actuación, la sentencia es emitida por un juez profesional al final del juicio. Si el infractor es considerado responsable, éste no puede elegir entre un castigo o una medida educacional, pues la única opción es la imposición de una sanción criminal dado que las medidas educacionales son adoptadas por separado dentro del sistema de bienestar el menor. Lo anterior, sin perjuicio de que algunos castigos puedan contener elementos educacionales propios.

A continuación, aportaremos un cuadro elaborado por LAPPI-SEPPÄLÄ, en el cual se describe el funcionamiento del sistema de juzgamiento juvenil en Finlandia.



Igualmente, consignaremos en el siguiente gráfico un cuadro comparativo de los actores que intervienen en cada uno de los sistemas que hemos estado estudiando.

	ECUADOR	ESPAÑA	FINLANDIA
Instructor del proceso	Fiscal del menor	Ministerio Fiscal	Colaboración entre policía y bienestar del menor, dando paso al fiscal
Corte	Juez de Menores	Juez de Menores	Juez penal ordinario
Defensa	Abogado o abogado de oficio	Abogado o abogado de oficio	Abogado o abogado de oficio
Entidades técnicas	Oficina técnica integrada por: médicos, psicólogos, trabajadores sociales y otros profesionales especializados	Equipo técnico especializado adscrito al juzgado de menores	Sistema del bienestar del menor, servicio de bienestar condicional, oficina de mediación especializada,

Sistema procesal. Actores.

4. BUENAS PRÁCTICAS PARA EL DESARROLLO EN ECUADOR DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA DE MENORES

Hasta aquí hemos hecho un estudio detallado acerca de las particularidades normativas actualmente existentes en los sistemas de justicia juvenil español, ecuatoriano y finlandés, con el propósito de compararlas y de proponer opciones de mejora al sistema ecuatoriano. En este sentido, hemos tratado de hacer especial énfasis en el caso finlandés, puesto que su sistema se erige como modelo a seguir, principalmente, por sus notables resultados observados a lo largo de las últimas décadas.

Como se ha expuesto, la principal diferencia entre este sistema y los modelos internacionales contemporáneos radica en su enfoque, pues merma su carácter punitivo en pro de un esquema que busca intervenir en el comportamiento de los menores de una manera más decisiva. Este cambio de mentalidad ha venido aparejado de un sistema de sanciones formales, siendo el no procesamiento la opción más veces acogida cuando un menor incurre en un delito.

En este orden de ideas, LAPPI-SEPPÄLÄ⁴⁴ señala: “El no procesamiento ha recibido la aplicación más amplia entre los jóvenes. En el grupo de edad de 15-17 años, la cuota de no procesamiento varía en torno al 20% de todas las puestas a disposición del tribunal y el 6% de todas las puestas a disposición”.

⁴⁴ LAPPI-SEPPALA, T., “Justicia de Menores en Finlandia”, I Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de Menores, Madrid, Febrero, 2008, p. 55. Disponible en: <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM018000.pdf>

Este mismo autor señala que la sanción que más veces se aplica para los infractores entre los 15 y los 20 años es la multa, luego la prisión condicional y por último una simple orden de supervisión⁴⁵. Esta situación, muestra una tendencia a despenalizar el tratamiento del menor sin abandonar las sanciones formales a las que nos hemos acostumbrado.

En palabras del profesor LAPPI-SEPPÄLÄ⁴⁶, esto se justifica de la siguiente manera: “en resumen: la justicia de menores en Finlandia tiene un pie en el sistema de justicia penal adulto y otro pie en el sistema de protección al menor. Si se compara a nivel internacional, este sistema es menos punitivo en términos de respuestas penales, pero, en muchos casos, más englobante en términos de intervención y protección para el bienestar del menor. Una visión general equilibrada requiere que se tomen en cuenta ambas dimensiones”. De la cita transcrita se colige que el sistema de justicia de menores en Finlandia responde a una política pública concreta en el que el castigo al menor pasa a un segundo plano, pues se privilegian las intervenciones que de verdad impacten en las futuras decisiones del menor. Aun cuando esto parezca muy novedoso, hemos visto que tanto el sistema español como el ecuatoriano adoptan medidas en este sentido, procurando acoger sanciones de carácter educativo para lo cual se utiliza la asistencia técnica de un grupo de profesionales especializados en el trato con menores.

Sin embargo, el lastre punitivo de la lógica de estos sistemas es evidente. Por ende, se hace necesario estructurar políticas públicas de tratamiento del menor infractor basados en la visión global finlandesa que ha demostrado ser más efectivas en términos cuantitativos. El éxito depende entonces, del cambio de la lógica formalista que permea los sistemas penales tradicionales, dándole paso a un esquema aún más flexible en términos de sanciones. Como es apenas lógico, este es un proceso de adopción gradual, que necesita un debate público, pues hoy en día, es común escuchar voces que demandan el endurecimiento de las sanciones a los menores infractores, especialmente por el impacto social que causa el hecho de que comentan crímenes tradicionalmente cometidos por personas mayores.

Finalmente, consideramos que este cambio de visión es necesario pero sin desconocer, que tanto España como Ecuador, han hecho grandes esfuerzos por privilegiar el interés del menor en concordancia con las tendencias internacionales que buscan despenalizar su tratamiento.

5. CONCLUSIONES

Desde la desconfianza de la población frente a la justicia tradicional, nació la necesidad de crear métodos y procesos restaurativos de asistencia a las víctimas. En el caso

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 56.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 51.

particular de los menores se intentó buscar que no sean tratados bajo el mismo sistema aplicado para los adultos, ya que las circunstancias son diferentes.

Es así como los esfuerzos de la comunidad internacional por velar por los derechos de los niños niñas y adolescentes se han visto plasmados en acciones desarrolladas tanto por organismos internacionales como en los países de manera individual. Como hemos visto desde 1959 con la Declaración de los Derechos del Niño, las Naciones Unidas han formulado una serie de tratados, directrices y reglas con el fin de precautelar los derechos de los menores infractores.

Países de Europa y Latinoamérica incorporan de manera prioritaria iniciativas relacionadas a la justicia restaurativa, consensuando hojas de ruta para promover, impulsar y coordinar las acciones y postulados. Sin embargo, se denota una marcada diferencia entre los avances de esta materia entre países como España y Ecuador frente a Finlandia, país pionero en justicia restaurativa de menores.

Así, en España a partir de la publicación de la Ley Orgánica 1/1996, se da inicio al establecimiento de garantías procesales a menores sospechosos o acusados en procesos penales. Al igual que el caso español, Ecuador busca generar medidas no solamente correctivas o punitivas, sino educativas, teniendo como motivación principal rehabilitar al menor. Por otro lado, el modelo finlandés es un referente mundial en el tratamiento del menor, ya que es aplicado por el sistema judicial penal y por el sistema de bienestar de menores; ideando un procedimiento que busca intervenir en el comportamiento de los niños y adolescentes.

Los avances en derechos del niño desde las Naciones Unidas han propiciado un necesario ajuste de las legislaciones de varios países, es así como en la legislación española se han emitido varias normas, dentro de la materia de análisis, la más importante es “La Ley del Menor”; y por otro lado el Código de la Niñez y la Adolescencia se encuentra en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La filosofía reparadora es consagrada bajo estos dos modelos, distanciándose del derecho penal común, pero responsabilizando al menor de un hecho delictivo. Diferenciándose del modelo juvenil occidental, los países nórdicos generaron un sistema que busca prevenir la delincuencia juvenil e intervenir en el comportamiento del menor.

En la legislación española se considera a un menor infractor a quien se encuentre entre las edades de catorce a dieciocho años y su tratamiento es aplicado a la Ley Orgánica 5/2000. En Ecuador la edad del menor infractor se encuentra definida en el Código de la Niñez, considerando que niñas y niños no son imputables, definiendo niño o niña a quien no ha cumplido doce años. Dentro de este cuerpo normativo se expresa, también, que los hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal serán aplicados a las personas entre catorce y dieciocho años. Se fija una escala más detallada en el modelo finlandés donde los menores de quince años están exentos de responsabilidad penal, entre quince y diecisiete, serán juzgados por el sistema de protección de menores, y los jóvenes entre dieciocho y veinte, juzgados por las autoridades de justicia penal.

Cada uno de los actores en el sistema procesal ecuatoriano y español parece tener un papel individual y separado. En los dos países, el asunto es conocido por un juez del menor y la instrucción del proceso corresponde al Ministerio Fiscal. Mientras que en el caso finlandés, la instrucción del proceso se deriva de una colaboración entre la policía y bienestar del menor antes de dar paso a fiscalía, el asunto pertenece a un Juez Penal ordinario, y durante todo el proceso existen varias entidades técnicas que dan seguimiento, como los sistemas de bienestar del menor y de bienestar condicional y la oficina de mediación especializada.

Esta crítica y propuesta de mejora al sistema penal de menores ecuatoriano, basada en el sistema finlandés y en sus adecuados resultados, quienes se enfocan en la intervención del comportamiento de menores más no en el carácter punitivo con una política pública integral, pretende que se dejen de lado los sistemas tradicionales, y abrirse paso a nuevas maneras de manejar al menor infractor con un compromiso que permita una intervención que impacte a su futuro.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGÜENA FANEGO, C., “Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales”, en *Diario La Ley*, no 8950, 2017. Cfr. http://diariolaley.laley.es/home/DT0000243037/20170303/ProteccionDatos.aspx#tDT0000243037_NOTA1
- CAMPISTOL C. y HERRERO V., “Declaración Iberoamericana de Justicia Juvenil Restaurativa. Nueva oportunidad para el tratamiento integral de los adolescentes y jóvenes infractores en el sistema penal”, Centro de Formación de la Cooperación Española en Cartagena de Indias, AECID, 2015.
- CELIN VACA, J., “La Inimputabilidad del Adolescente frente al Derecho Vulnerado de la Víctima, dentro de la Cuarta Unidad Judicial de Garantías Penales Contravenciones y Menores Infractores de la ciudad de Quito en el Primer Semestre del 2015”, tesis, Universidad Central de Ecuador, 2016.
- CRUZ Y CRUZ, E., “El concepto de menores infractores”, en *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 3 núm. 5.
- DUPRET, M. A., *La violencia intrafamiliar contra niños, niñas y adolescentes*, Quito: Editorial Universitaria Abya-Yala/UPS, 2012.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 15, 1996, pp. 249-288.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M., *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común*. Valladolid: Lex nova, 2010.

- GUTIÉRREZ, Y., “Análisis Reglas de Beijing”, 2013. Disponible en <https://es.scribd.com/doc/152023291/Analisis-Reglas-de-Beijing>
- HANNIENEN, A., “Approaching Juvenile Justice: Interpretins experiences from Finnish and English prespectives”, tesis de Sociología, Universidad de Finlandia Oriental, Finlandia, 2014.
- HOMBRADO TRENADO, J., “Justicia Restaurativa: El papel del criminólogo en el ámbito de la mediación penal en justicia juvenil”, trabajo final de grado, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2015.
- IJI, DSM., *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Barcelona: Masson, 1983.
- LAHTI, R y CHAMBERLAIN, J.M., “Towards a more efficient, fair and humane criminal justice system: Developments of criminal policy and criminal sanctios during the last 50 years in Finland”, Helsinki, Cogent, 2017, disponible en: <https://www.cogentoa.com/article/10.1080/23311886.2017.1303910.pdf>
- LAPPI-SEPPÄLÄ, T. Alternatives to custody for young offenders. National report on juvenile justice trends. Internacional Juvenile Justice Observatory, Finlandia, 2011, disponible en: https://www.oijj.org/sites/default/files/baaf_finland1.pdf
- LAPPI-SEPPALA T., “Justicia de Menores en Finlandia”, I Congreso Internacional de Responsabilidad Penal de Menores, Madrid, Febrero, 2008. Disponible en <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM018000.pdf>
- LINACERO DE LA FUENTE, M., “Protección jurídica del menor: reconociendo que el niño, para el pleno... (Convención de las Naciones Unidas, sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989)”, Montecorvo, 2001.
- LLOBET RODRIGUEZ J., *Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- MÁRQUEZ CÁRDENAS, A. “Normatividad y características de la justicia restaurativa nacional y su comparación en la legislación extranjera”, en *Prolegómenos - Derechos y Valores*. Universidad Militar de Nueva Granada, Colombia, 2010. ISSN: 0121-182X. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617271015>
- MARTTUNEN, MATTI., “Finland/The basis of Finnish Juvenile Criminal Justice”, en *Revista Internacional de Derecho Penal*, Paris, 2004.
- MONTERO HERNÁNDEZ, T., *Legislación Penal Juvenil Comentada y Concordada*, Madrid: Ed. La Ley, 2011.
- MONTERO T., “Justicia Restaurativa: Instrumentos internacionales”, en *PAIP*, 2014.
- OCÁRIZ PASSEVANT, E., “Menores infractores/menores víctimas: hacia la ruptura del círculo victimal”, en *Eguzkilore*, núm 23, 2009.
- OLMEDO GOMEZ, J., “Derecho penal juvenil en Finlandia, entrevistas OIJJ”, 2010. Disponible en <http://proteccionyrefomajuvenil.blogspot.com.es/2010/07/derecho-penal-juvenil-en-finlandia.html>

- PERULERO GARCÍA, D., “Mecanismo de viabilidad para las prácticas restaurativas y la mediación en el proceso penal”, en SOLETO MUÑOZ, H. (ed.) *Mediación y Resolución de Conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2017.
- PRADO CHIRIBOGA, G., “El aumento de penas y sanciones como un mecanismo en el control de la criminalidad en el Ecuador”, Tesis de maestría, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I.: “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, N° 33, septiembre 2000.
- SHERMAN L. W., “Criminología y Prevención del crimen en el siglo XXI”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2003. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-r2.pdf>
- SOLETO MUÑOZ H., “Justicia Restaurativa en Europa: Sus Orígenes, Evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 Sobre los Derechos, Apoyo y Protección de las Víctimas de Delitos”, en SPENGLER MARION F., DALLA BERNARDINA DE PINHO H., *Acesso à justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.
- VIDAL HERRERO, M., “Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un ‘modelo social de responsabilidad’ del menor infractor”, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

A) Informes y documentos

- Informe del Secretario General. E/CN.15/2002/5/Add.1. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal. Consejo Económico y Social, Justicia restaurativa, p. 7.
- Unicef. La convención sobre los derechos del niño alcanza la mayoría de edad. Cfr. http://www.unicef.profes.net/ArchivosColegios/Unicef/Archivos/SM_Unicef/Documentos%20Derechos/la_CDN%20_cumple_18.pdf

Capítulo V

Una propuesta de integración de la Justicia Restaurativa de menores en China

YANI XUE

Doctoranda. Universidad Carlos III de Madrid

Resumen

Este proyecto se centra en la investigación del sistema de justicia de menores en China desde la perspectiva de la justicia restaurativa. Se divide en cuatro partes: la primera, analiza las características generales de la justicia restaurativa y explora los cambios sociales detrás de su aplicación; la segunda aborda la diferencia entre la delincuencia juvenil y de adultos, así como la diferencia entre el sistema de justicia juvenil y la justicia penal tradicional; la tercera estudia el proceso de la justicia restaurativa en China; y, finalmente, la cuarta se aproxima al carácter limitado de la práctica de la justicia restaurativa de menores.

Palabras clave: Justicia restaurativa, menores de edad, víctimas, delincuentes juveniles.

1. INTRODUCCIÓN

Los menores son siempre el futuro y la esperanza de la Nación. En su proceso de socialización, existen posibilidades de cometer delitos y convertirse en delincuentes, pero también de reeducarse. Por lo tanto, al atender casos penales juveniles, siempre debe prestarse más atención a la reinserción de delincuentes juveniles, la protección de su desarrollo y la reconstrucción del orden social destruido por sus delitos.

La justicia restaurativa es un nuevo modelo de justicia penal que ha surgido en los países occidentales durante los últimos años. Es un modelo de participación conjunta de todas las partes que tienen algún interés en la persecución de actividades delictivas para que se logren resultados restaurativos a través de procesos restaurativos.

La justicia penal juvenil se refiere a las instituciones especializadas en justicia de menores u otras instituciones judiciales, incluidas las instituciones judiciales nacionales y los órganos no estatales, que usan la ley para tratar los casos de delincuencia juvenil y

sus comportamientos criminales a fin de salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los menores, protegerlos y educarlos para lograr un crecimiento saludable de estos, la prevención y la reducción de la delincuencia juvenil y la mala conducta.

En China, con más de dos décadas de prácticas judiciales juveniles y con el fin de satisfacer la constante demanda de justicia juvenil de las personas, se propusieron y se practicaron, en el camino de explorar el sistema moderno de justicia de menores, una serie de nuevas propuestas sobre medidas de restauración y reconstrucción, tales como suspender el enjuiciamiento, suspender el juicio, el juicio de mesa redonda, el servicio comunitario, la supervisión comunitaria, la reconciliación criminal, la extinción de antecedentes penales, etc. Estas iniciativas están exactamente en línea con los valores y las funciones que persigue la justicia restaurativa que son reparar las relaciones sociales destruidas por crímenes, prestar atención al equilibrio de intereses de las víctimas, los acusados, las comunidades y las naciones.

Mientras tanto, dado el creciente problema mundial de la delincuencia juvenil, el manejo de este problema es particularmente urgente. Por lo tanto, con la justicia penal como fondo, este trabajo investigará y analizará la construcción de la justicia restaurativa para menores.

En China los académicos han realizado ciertas investigaciones y exploraciones sobre el concepto y de justicia restaurativa y sus funciones, y se han alcanzado algunos logros. Sin embargo, en la práctica, la justicia restaurativa sigue siendo un concepto desconocido. A pesar de las investigaciones realizadas por la academia, la discusión sobre la justicia restaurativa se centra principalmente en la introducción y el resumen de este sistema, tales como su desarrollo, modo de práctica y efecto real. La investigación sobre su valor y su incorporación a nuestra construcción del sistema jurídico aún es relativamente débil, especialmente por el momento, existen escasos logros sobre la aplicación combinada de justicia restaurativa y casos criminales juveniles.

Al estudiar e investigar el sistema de justicia penal juvenil, en vista de las principales características de los menores (inmadurez física y psicológica, la vulnerabilidad y la falta de autodisciplina, así como factores sociales y las responsabilidades del Estado frente a la delincuencia juvenil), la introducción del concepto de justicia restaurativa tendrá una importancia práctica en el manejo de casos penales juveniles.

Esto también es la razón directa por la cual la justicia restaurativa se originó en la gestión de casos juveniles, y se han logrado buenos resultados en otros lugares del mundo que han adoptado este nuevo modelo de justicia restaurativa para tratar casos de delincuencia juvenil.

Además, existe otro punto de vista importante: reintroducir la justicia restaurativa en casos de menores tendrá una nueva interpretación y un significado contemporáneo distintivo en la construcción de nuestra sociedad armoniosa.

Entonces, basado en los estudios anteriores y en el deseo de construir una sociedad armoniosa, este trabajo analiza el contenido relevante de la justicia restaurativa, inves-

tiga el *status quo* y los defectos del modelo de justicia juvenil en nuestro país; reflexiona sobre la necesidad y la viabilidad de establecer un modelo de justicia restaurativa de menores y brinda propuestas para desarrollar un modelo de justicia restaurativa de menores en nuestro país.

2. JUSTICIA RESTAURATIVA

2.1. Concepto de la Justicia Restaurativa

La justicia restaurativa representa un nuevo paradigma de la justicia penal moderna que es fundamentalmente diferente de la justicia tradicional la cual está controlada por el poder estatal y tiene la intención de cambiar el concepto y el modo de la sociedad contemporánea sobre el crimen y los conflictos relacionados. El sistema judicial tradicional se origina en la mentalidad de represalia contra los daños causados por otras personas. Con el progreso de nuestra sociedad, la venganza espontánea de los seres humanos es reemplazada gradualmente por el control del poder estatal y evoluciona hacia la justicia.

Sin embargo, la justicia restaurativa ya no tiene como principal objetivo castigar a los delincuentes, sino que trata de controlar la delincuencia para satisfacer las necesidades emocionales y los intereses de las víctimas y las comunidades, lo que lleva a los delincuentes a asumir verdaderamente sus responsabilidades y a reintegrarse en la sociedad.

Y con respecto a la naturaleza de la reforma de la justicia restaurativa, los académicos realizan distintas aproximaciones, con lo que la extensión del concepto de justicia restaurativa también puede ser diferente.

El término "justicia restaurativa" fue propuesto por primera vez por el académico estadounidense BARNETT. En 1977, el autor publicó un artículo titulado "Restitution: A new Paradigm of Criminal Justice"¹ que presenta las prácticas de mediación entre víctimas y perpetradores en algunas partes de los Estados Unidos y resume algunos principios básicos².

Académicos como ZEHR³ consideran que el sistema moderno de justicia penal prioriza el castigo a los delincuentes sin tener en cuenta los intereses de las víctimas del delito. Destacan la importancia de reunir a las víctimas y los perpetradores para investigar el comportamiento delictivo. En su opinión, la justicia restaurativa es un proceso judicial que permite a las partes inmediatas participar en la mayor medida posible en el proceso penal, lo que les permite identificar conjuntamente el daño causado por el

¹ BARNETT, R., "Restitution: a new paradigm for Criminal Justice", en *Ethics*, vol. 87, n° 4, 1977.

² También el artículo de CHRISTIE, N., "Conflicts as property", en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, Issue1, 1 January 1977, es considerado el origen de esta corriente.

³ ZEHR, H., criminólogo estadounidense, es considerado como uno de los pioneros del concepto moderno de justicia restaurativa.

delito y las necesidades y responsabilidades derivadas del daño con el fin de remediar el daño infligido por el crimen.

Estudiosos como BRAITHWAITE⁴ interpretan la justicia restaurativa desde un punto de vista moral: la conciencia, que tiene un control más fuerte sobre el mal comportamiento que el castigo penal tradicional. La más representativa es la teoría de "Reintegrative Shaming", que sostiene que se debe dar una respuesta directa al crimen en lugar de tolerancia y negligencia. Las diferentes formas de responder a los crímenes pueden tener diferentes efectos. La respuesta penal tradicional es un procedimiento devastador que insulta públicamente al perpetrador. Una vez aplicada, es más probable que los perpetradores sean excluidos permanentemente de la sociedad, y más propensos a desviarse de los patrones normales de la sociedad. Sin embargo, la justicia restaurativa espera respetar a los criminales considerando sus emociones para que éstos puedan realmente arrepentirse y así recuperar las pérdidas sufridas por las víctimas, la comunidad y los criminales al mismo tiempo.

Los académicos de varios países interpretan el concepto de justicia restaurativa desde una variedad de perspectivas. Entre ellas, se reconoce y se utiliza ampliamente la definición propuesta por el científico criminal británico MARSHALL⁵, que entiende a la justicia restaurativa como un proceso para reunir a todas las partes u organizaciones directas que han sido violadas por un delito para resolver de manera conjunta y activa las consecuencias adversas causadas por el crimen y mejorar su impacto negativo sobre el futuro. Esta definición se basa en la participación de partes implicadas como perpetradores, víctimas, sus familias y comunidades. A través de los esfuerzos conjuntos de cada parte, los delincuentes se arrepentirán sinceramente y al final se restablecerán las relaciones sociales normales dañadas por los crímenes. Bajo el marco conceptual de este autor, el modelo de justicia restaurativa es diferente del modelo judicial controlado por el nacional-centrismo. Ella no es una estructura plana triangular formada por "denuncia", "defensa" y "arbitraje", sino una estructura tridimensional con "víctimas" "delincuentes" y "comunidades" como la piedra angular y la "justicia" como la vértice. Es decir, la justicia sólo puede realizarse a través de la participación conjunta de delincuentes, víctimas y comunidades. En esta estructura tridimensional, la justicia es multidimensional: no es como en un plano, deben elegir una entre las dos.

⁴ BRAITHWAITE, J., criminólogo australiano, está particularmente interesado en el papel de la justicia restaurativa, la gestión de la vergüenza y la reintegración en la prevención de delitos. Su libro *Crime, Shame and Reintegration* (1989) demostró que la práctica actual de la justicia penal tiende a estigmatizar a los delincuentes, empeorando el problema delictivo. BRAITHWAITE argumenta que la justicia restaurativa permite tanto a los delincuentes como a los ciudadanos, a través de la mediación, reparar el daño social causado por el crimen.

⁵ MARSHALL, T., criminólogo británico, define la justicia restaurativa como medidas que han sido diseñadas para dar a la víctima de un delito la oportunidad de decir a su ofensor el impacto que esa ofensa ha causado en ella y su familia e incita al ofensor a aceptar su responsabilidad y a reparar el daño causado. Sus objetivos generales son: reducir la reincidencia, restaurar las relaciones entre la víctima y el ofensor que fueron perturbadas por el delito y mejorar la experiencia en la víctima con el sistema penal. 1999.

En el proyecto de resolución "Principios básicos sobre el uso del programa de justicia restaurativa en asuntos penales", discutido en la undécima sesión de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, celebrado en Viena en 2002, la justicia restaurativa se define como cualquier procedimiento que emplea procesos restaurativos para lograr resultados restaurativos. Los procedimientos restaurativos se refieren a: la participación activa de las víctimas, los perpetradores y cualquier otra persona o miembros de la comunidad afectada por el delito, con la ayuda del conciliador, en búsqueda de soluciones del problema causado por el delito; y a acuerdos alcanzables logrados en el proceso restaurativo que debe incluir medidas como compensación financiera, disculpas, servicio comunitario y otras medidas para satisfacer las necesidades de las partes para permitir que los perpetradores asuman su responsabilidad y logren el efecto de la reintegración de víctimas y criminales a la sociedad.

Por lo tanto, se puede resumir la connotación de la justicia restaurativa en los siguientes puntos:

2.1.1. Reparación de los daños producidos por el delito

Toda la justicia restaurativa se centra en una pregunta central: "¿cómo hacer que las víctimas se recuperen después de la victimización o cómo hacerles obtener de nuevo su sentido de seguridad?". Bajo la negociación de múltiples partes, la justicia restaurativa presta atenciones a la resolución de los conflictos causados por el delito, la reparación de las relaciones destruidas entre personas y la curación de los daños de cada parte. Por un lado, las víctimas necesitan un desahogo de la ira, el odio y otras emociones, así como una compensación de sus pérdidas materiales. Por otro lado, los delincuentes también deben responsabilizarse activamente por sus crímenes y hacer frente a las víctimas y explicarles aquello que motivó su comisión. A través de la comunicación con las víctimas y las comunidades, los criminales pueden liberarse de sus pecados y temores. Se toman medidas para remediar el problema de la delincuencia tanto como sea posible, como la compensación financiera, el arrepentimiento sincero, la disculpa, etc., no sólo asumen la responsabilidad penal y están sujetos a sanciones penales, tales como cumplir condenas en la cárcel.

2.1.2. Participación y negociación plenas

Los crímenes infringen al mismo tiempo los intereses de Estados y también de las víctimas, entonces no son sólo asuntos del autor, sino también cuestiones de la comunidad. La justicia restaurativa alienta la participación amplia y completa de las personas involucradas en el caso, especialmente las víctimas y sus familiares, los perpetradores y sus

familiares y otras organizaciones de masas de la comunidad que pueden ser víctimas del delito. La participación de cada parte se lleva a cabo con el fin de resolver los conflictos a través de consultas, no de la confrontación. En contraste con la situación diametralmente opuesta en la que está involucrado el poder estatal, la participación común y la comunicación mutua de las personas involucradas en el caso en el proceso de justicia restaurativa pueden alentar al perpetrador a ser influenciado moralmente en un ambiente informal. Y con la ayuda, el apoyo y el cuidado de los demás, la disputa entre el perpetrador y la víctima puede resolverse pacíficamente. En este proceso, todas las partes trabajan juntas para intercambiar puntos de vista, entenderse y acomodarse mutuamente para encontrar medios de resolver los problemas y hacer a los delincuentes cumplir sus responsabilidades lo antes posible a fin de eliminar los efectos adversos. Finalmente, se resuelve los problemas causados por los crímenes de una forma más adecuada y satisfactoria.

2.1.3. Integración de la división para fortalecer la comunidad

La teoría tradicional de la justicia retributiva⁶ enfatiza que el Estado es víctima de la delincuencia, lo que coloca a las víctimas individuales en un estado pasivo y marginado y debilita los conflictos entre las personas. Pero el debilitamiento no significa la desaparición de los conflictos. Aunque el delincuente ya ha recibido una sanción penal, la víctima todavía tiene sentimientos de resentimiento y odio debido a las heridas emocionales y pérdidas materiales que no se han sanado y compensado de manera inmediata y efectiva. La relación con el delincuente no puede mejorarse. Impulsado por este pensamiento, no es imposible que la víctima tome represalias contra los demás y provoque otra victimización social.

La justicia restaurativa cree que el crimen causa profundos daños a ambas partes, la víctima y los grupos sociales. El crimen no sólo infringe los intereses del país, sino que también afecta directamente a las víctimas, los criminales y la familia de las dos. Difunde emociones negativas como pánico y desconfianza en la comunidad, socavando las relaciones interpersonales normales, el estado psicológico de otros miembros y la normalidad de sus vidas. Después de que ocurre el crimen, el perpetrador se separa de la comunidad. La víctima, especialmente la víctima en el caso de violación, también será aislada o acusada por la multitud. La paz, la seguridad e incluso el orden público en la comunidad se verán perjudicados.

De hecho, el papel de los delincuentes y las víctimas no es permanente. Ambos deben liberarse de la lesión, salir de la bruma y saludar a una nueva vida. Por lo tanto,

⁶ La Justicia Retributiva es una teoría de la justicia —o más en concreto, una teoría de la pena—, que se sustenta en el principio de proporcionalidad de la pena, esto es, afirma que la severidad de la pena debe ser razonable y proporcional a la gravedad de la infracción.

la comunidad debe asumir su responsabilidad de apoyarles y ayudarles a integrarse de nuevo en la vida comunitaria. La justicia restaurativa ha ejercido en gran parte el poder comunitario, no sólo mejorando el bienestar de sus miembros, manteniendo la armonía y la tranquilidad del orden comunitario; sino también realizando con mayor efectividad la prevención y el control de los delitos. A su vez, el desarrollo del poder comunitario también juega un papel importante en el fortalecimiento y la promoción de la comunidad, lo que va a evitar la ocurrencia de los crímenes similares, el daño secundario a los intereses del Estado y la sociedad, y por último, se realiza la defensa social contra crímenes.

2.2. Origen y desarrollo de la justicia restaurativa

Como un nuevo movimiento de reforma de la justicia penal, la justicia restaurativa se originó en América del Norte en los años 1960 y 1970. Los primeros intentos aparecieron en los procedimientos de conciliación entre las víctimas y los delincuentes en el sistema de justicia juvenil en la década de 1960.

En 1974, en Kitchener, Ontario⁷, Canadá, dos jóvenes locales destruyeron arbitrariamente las propiedades de los demás, rompieron ventanas, perforaron llantas y dañaron las instalaciones de la iglesia, lo que causó pérdidas de bienes de un total de veintidós personas. Aunque ellos reconocieron los crímenes acusados, se negaron a indemnizar a las víctimas por daños de conformidad con la sentencia del Tribunal. Bajo la mediación de la autoridad local de libertad condicional y el comité religioso, dos jóvenes se reunieron con las veintidós víctimas y reflexionaron sobre las lesiones y pérdidas que habían sufrido las víctimas por sus crímenes. Posteriormente, pagaron muy rápido la indemnización. Este "Programa de Reconciliación de Delincuentes y Víctimas" se considera un sello distintivo del origen de la justicia restaurativa con un sentido moderno.

Después de este caso se utilizó en América del Norte el "Programa de Reconciliación de Delincuentes y Víctimas" más de una docena veces. Por su parte, en 1989, Nueva Zelanda afirmó la aplicación de la justicia restaurativa en el procesamiento de delitos. La regla se deriva de la tradición moríes de su manera de resolución de conflictos y requiere el uso de la justicia restaurativa para los casos de delincuencia juvenil. Sólo en ausencia de justicia restaurativa se puede considerar el tratamiento del sistema de justicia penal.

Hasta ahora, la justicia restaurativa se ha aplicado y desarrollado en diversos grados en Europa, Estados Unidos, Asia Oriental y otras regiones. Se estima que a fines de la década de 1990, el número de programas de justicia restaurativa en el mundo había

⁷ Ontario es una de las diez provincias que, junto con los tres territorios, conforman las trece entidades federales de Canadá.

llegado a más de 1,000. En los Estados Unidos, se ha establecido un gran número de organizaciones e instituciones de justicia restaurativa. En 1999, el Comité Directivo Nacional de Canadá sobre Justicia Restaurativa y Resolución de Disputas participó y ayudó a lanzar catorce proyectos de demostración de justicia restaurativa a nivel nacional. En 2002, el Reino Unido publicó un informe sobre la reforma judicial titulado "Justicia para todos". El informe ha mencionado la ampliación del uso de reparación judicial, como la reunión entre delincuentes, víctimas, representantes sociales y otras personas implicadas para abordar conjuntamente el problema del delito y brindar al perpetrador la esperanza del futuro. Esto ayuda al perpetrador a ser profundamente consciente de las consecuencias y del impacto de sus acciones y por lo tanto, tratar de hacer algo para compensar a las víctimas. La Conferencia de las Naciones Unidas de 2002 también formuló recomendaciones sobre medidas específicas para las políticas judiciales, los procedimientos y programas de la justicia restaurativa y alentó a los Estados Miembros a aplicar esta resolución al diseñar e implementar procedimientos de justicia restaurativa.

La mejor reforma de las penas es no reemplazarla por una mejor, sino reemplazarla por otro mejor sistema. Desde el punto de vista actual del reconocimiento y la aplicación de la justicia restaurativa, la justicia restaurativa se ha convertido en una parte indispensable en el sistema de justicia penal.

2.3. Principio de la Justicia Restaurativa

La justicia restaurativa es un enfoque no formal para tratar los delitos con el fin de lograr consecuencias reparadoras a través de procesos restaurativos. Su característica más importante es la restauración que consiste en la negociación cara a cara del autor con la víctima, se promueve una comunicación y un intercambio de pensamientos entre las partes con la ayuda de un tercero neutral que puede ser un profesional o un voluntario comunitario. De acuerdo con la práctica de la justicia restaurativa en varios países del mundo, los procedimientos de restauración, por lo general, muestran las siguientes formas de operación:

2.3.1. Procedimientos de mediación

Constituyen los procedimientos de justicia restaurativa más antiguos y más ampliamente practicados en el mundo. Al proporcionar un entorno seguro y organizado, las víctimas se reúnen con delincuentes y discuten con ellos asuntos penales. Mediante la ayuda de mediadores especializados, las víctimas informan a los delincuentes acerca de su propio sufrimiento físico, su impacto emocional y económico e interrogar a los delincuentes preguntas como: "¿Qué hiciste exactamente?" y "¿Por qué hiciste eso?".

El autor explica las razones del crimen y responde las preguntas. En circunstancias generales, los delincuentes compensan las pérdidas de las víctimas según el acuerdo que llegan en la mediación las dos partes. Las víctimas también pueden ser compensadas y consoladas por el sincero arrepentimiento de los perpetradores, perdonando así a los criminales. Sin embargo, en algunos casos, las víctimas y los delincuentes no están dispuestos a reunirse por diversos motivos. Los mediadores también pueden tomar la iniciativa entre ellos para escuchar sus voces por separado y ayudarlos a llegar a un acuerdo de reconciliación para satisfacer sus deseos y necesidades sobre la base de voluntad de cada parte.

2.3.2. Conversaciones de reconciliación o círculo de juicio

Las conversaciones de reconciliación, también conocidas como mesas redondas, se desarrollaron originalmente como una alternativa al Tribunal Juvenil de Nueva Zelanda. El círculo de juicio es, de hecho, el mismo que la mesa redonda, que se sientan juntos todos los que se ven afectados por el crimen. A diferencia de los procedimientos de mediación, los participantes en las conversaciones de reconciliación son no sólo los perpetradores y las víctimas, sino también los familiares de ambas partes, sus allegados, y en ocasiones los funcionarios de la justicia penal y miembros de la comunidad. El proceso de Conversaciones de reconciliación es básicamente igual como el proceso de procedimientos de mediación, excepto que todos los participantes pueden manifestar sus opiniones sobre cómo los delincuentes pueden compensar lo que han sufrido las víctimas y qué medidas se pueden tomar para resolver el problema del crimen. Al final de la reunión, presidido por el facilitador, todos los participantes acuerdan conjuntamente un programa de restauración, que muestra sus expectativas y obligaciones. Bajo la situación de la participación de funcionarios de la justicia penal, los programas restaurativos en la reconciliación deben ser escritos y firmados por los funcionarios judiciales. Generalmente esta reconciliación se utiliza en las primeras etapas de los procesos penales y es una medida alternativa antes de que se acuda a la acusación.

2.3.3. Comité de recuperación comunitaria

Con la atención de los residentes de la comunidad a las actividades de justicia penal, cada vez más residentes participan de manera sustancial en las actividades de justicia penal. El Comité de Recuperación Comunitaria se refiere a un grupo de residentes que realizan reuniones cara a cara con los delincuentes. Este grupo de residentes ha recibido formación intensiva para participar en actividades de justicia restaurativa. Los criminales que participan en tales reuniones son aquellos que han sido sentenciados

por el tribunal para que se les permita participar en actividades de justicia restaurativa. Los miembros del Comité de Recuperación Comunitaria discuten con el delincuente la naturaleza y las consecuencias del crimen. Luego, los miembros proponen un conjunto de recomendaciones en relación con las sanciones y elaboran junto con los delincuentes planes de remedio para mejorar la solución. Después de llegar a un acuerdo, se debe proporcionar un informe al tribunal, lo que refleja el cumplimiento del delincuente con las sanciones negociadas.

El llamado “resultado restaurativo” se refiere a la compensación por pérdidas materiales y espirituales de las víctimas causadas por crímenes a través de disculpas, indemnización económica, servicios comunitarios y asistencia vital, para que las vidas de las víctimas vuelvan a la normalidad. Al mismo tiempo, también permite que el delincuente obtenga la comprensión de la víctima, su familia y los miembros de la comunidad con su conducta activa, sincera y responsable, y le aliente a reintegrarse en la sociedad.

A. Disculpas

Sea la ley penal de la vieja escuela o de la nueva escuela, en esencial es una ley penal centrada en el criminal. Los intereses de las víctimas ya son reemplazados por intereses sociales y nacionales. A menudo se pasan por alto los intereses de la víctima y su posición en litigio. Bajo las condiciones de enfrentamiento entre el Estado y el delincuente, este último hará todo lo posible para limpiarse del delito y escapar del castigo. Por lo tanto, en los tribunales, en general se niegan a declararse culpables y ni siquiera se disculpan con la víctima, lo que ocasiona que la víctima sufra una segunda lesión en el proceso penal. Por ejemplo, en el juicio de delitos relacionados con accidentes de circulación, los autores suelen, en el momento del incidente, tomar la iniciativa de negociar con la víctima por su propia culpa y auto-reproche, expresar sus disculpas y remordimientos y hacer todo lo posible para evitar que empeore la situación y tratar de reducir la pérdida y el dolor de la víctima. Sin embargo, una vez que el infractor está sujeto a medidas coercitivas por parte del juicio, sentirá que todos los esfuerzos anteriores son en vano, en cambio, va a buscar maneras de refugiarse, enfatizar razones objetivas e incluso culpar a la víctima. Por lo tanto, deja a un lado los intereses de la víctima, haciéndoles sufrir los daños y dolores nuevamente. La justicia restaurativa considera que la disculpa, como una forma de responsabilidad, se basa en garantizar y respetar el derecho y la voluntad de las víctimas, restaurando verdaderamente el trauma de ellas.

B. Compensación

La justicia penal tradicional enfatiza la autoridad del Estado y el crimen se considera una violación de los intereses nacionales y de la ley. La justicia enfoca el castigo o

el tratamiento de los delincuentes, pero el verdadero estado de las víctimas no ha sido establecido. Al observar los procedimientos civiles y penales en cada país, no es difícil encontrar que una única forma de indemnización pecuniaria no puede compensar las pérdidas sufridas por las víctimas. Sin embargo, los métodos de compensación de justicia restaurativa son flexibles y diversos. Además de la indemnización pecuniaria, también hay servicios y cuidados laborales y algunos también pueden proporcionar formaciones y oportunidades de trabajo. Esta variedad de métodos de compensación puede satisfacer mejor las necesidades de las víctimas.

C. Servicios comunitarios

El servicio comunitario es una especie de sanción que consiste en que los delincuentes trabajan para la comunidad. El crimen no sólo infringe los intereses nacionales sino también los intereses de la comunidad. Como consecuencia, disminuye el sentimiento de seguridad de los residentes lo que provoca un impacto negativo en el desarrollo de su vida con normalidad. Entonces el servicio comunitario permite a los delincuentes responsabilizarse del daño que causan a la comunidad, proporcionar recursos humanos, mejorar la calidad de vida en el entorno público, áreas comerciales e incluso residencias personales. Mediante los servicios gratuitos a la comunidad, se puede ayudar a los delincuentes a aprender otras nuevas habilidades y también brindarles la oportunidad de recuperar la confianza y el respeto de los miembros de la comunidad, lo que conduce a que los delincuentes sean reconocidos de nuevo por la sociedad y vuelvan a ser uno de ellos. El contenido de los servicios comunitarios es variado, incluyendo todo tipo de trabajo público como embellecer el entorno de la comunidad y limpiar parques y aceras. Los servicios comunitarios también pueden proponer que los delincuentes presten servicios que pueden beneficiar directamente a la víctima o a la caridad.

3. PARTICULARIDADES DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

3.1. Sistema de justicia penal de China

Bajo la cambiante situación social, China ha desarrollado una política criminal de combinar el castigo con la indulgencia, basada en diferentes situaciones y características delictivas. En diferentes períodos históricos, el Estado ha explorado una asignación racional entre delitos y penas a través de un uso apropiado del derecho, con el objetivo de salvaguardar el orden social básico del país y la seguridad de las vidas y bienes de las personas. Según los diferentes principios y estrategias de gobernanza, el proceso evolu-

tivo de la política criminal de China consiste en ajustar y mejorar la legislación penal y ha formado su propia experiencia con características específicas.

En 2006, en la Sexta Sesión Plenaria del 16° Comité Central del Partido Comunista de China, el Comité propuso una decisión importante para construir una sociedad armoniosa y estableció que la implementación de la política criminal de combinar el castigo con la indulgencia iba a salvaguardar su construcción. Y desde ese momento, la introducción de esta política criminal ha suscitado respuestas positivas tanto en los círculos teóricos como en los prácticos. Para implementar la política, la Fiscalía Popular Suprema y el Tribunal Popular Supremo han formulado sucesivamente las opiniones rectoras para implementarlas en todo el proceso penal.

En la promulgación de la "Enmienda del Código Penal de la República Popular de China (VIII)" en 2011, se reflejó plenamente la ideología de combinar la misericordia con la justicia. Por ejemplo, el aspecto de misericordia se reflejó en la eliminación de la pena de muerte para delitos económicos no violentos que habían sido menos aplicables o no se habían aplicado en los últimos años, lo que demostró el humanitarismo, supuso el comienzo de la reducción de la pena de muerte y mejoró el sistema de libertad condicional. A los delincuentes que habían sido sentenciados a la pena de muerte por delitos violentos como asesinato, explosión, robo, violación, secuestro, etc., se les condenó a muerte por ejecución suspendida. Durante la ejecución suspendida de la pena de muerte, si no hay delito intencional, después de la expiración de dos años, se reduciría a cadena perpetua. Si se produjera una actuación meritoria significativa, después de la expiración del período de dos años, se reduciría a veinticinco años de prisión. También se han mejorado las disposiciones sobre el manejo de crímenes cometidos por menores y ancianos, incluyendo cinco aspectos de reincidencia, indulto, conmutación de pena, uso de penas de muerte e informes de crímenes anteriores, y la implementación del castigo de libertad condicional, ha incorporado formalmente las correcciones comunitarias en la ley penal, y ha implementado más la política criminal de confesión con el fin de guiar y alentar a los sospechosos y los acusados a declarar su delito con sinceridad.

El aspecto de estrictez se manifestó al castigar gravemente las graves ofensas, como revisar las disposiciones sobre la aplicación suspendida de la pena de muerte mediante la extensión de su período de un año a dos años a través de la legislación en la justicia penal del Estado, prorrogar adecuadamente el plazo de reclusión de quien fue condenado por cometer varios delitos, estipular claramente las características criminales sobre las actividades de terroristas y mafias e intensificar su castigo, modificar códigos de la venta de alimentación que no cumplen con los estándares de seguridad, la venta de medicina falsificada y accidentes graves de la contaminación ambiental, aumentar el nivel de castigo del manejo peligroso del vehículo y el de la compra/venta ilegal de órganos humanos, la negación de pagar la compensación laboral, etc.

3.2. Sistema de justicia juvenil de China

La justicia penal juvenil en China se refiere a la judicatura juvenil u otras instituciones judiciales, incluidas las organizaciones judiciales nacionales y los órganos no estatales, que aplican la jurisprudencia para tratar casos de delincuencia y negligencia juvenil a fin de lograr la protección de los derechos e intereses legales de los menores, reeducarlos para su crecimiento saludable y prevenir y reducir la delincuencia juvenil.

El establecimiento y la mejora del sistema de justicia juvenil es signo del progreso social de un país y del grado de civilización legal. Además, es un parámetro para medir el nivel del desarrollo de la justicia de un país.

Los menores son un grupo específico. La edad fisiológica determina la diferencia en la edad mental entre ellos y los adultos. Las características atinentes a la fisiología y la psicología no se pueden modificar a través de la coerción legal, por lo que se debe establecer un sistema judicial independiente para los grupos juveniles. Muchos países en el mundo también tienen en cuenta la diferencia entre los menores y los adultos y aplican diferentes sistemas a ambos. A los menores se les aplica, específicamente, el sistema de justicia juvenil.

El sistema moderno de justicia juvenil se originó en los Estados Unidos. El primer tribunal juvenil del mundo es el Tribunal Juvenil de la Ciudad de Chicago. Desde entonces, otras partes de los Estados Unidos y países como Alemania, Tailandia, Japón, Canadá, Francia, entre otros, han promulgado sucesivamente leyes juveniles y establecido instituciones de justicia juvenil.

El discernimiento y la capacidad de autocontrol de menores es más débil que la de los adultos. La intención subjetiva que causa las malas conductas es naturalmente menor que la de los adultos. Por lo tanto, aplicar el mismo sistema judicial a los menores no sólo muestra la injusticia del sistema judicial, sino también es una violación de los derechos de los menores. El delincuente es una persona y el comportamiento delictivo es una manifestación de la sociedad. El surgimiento y la existencia de fenómenos delictivos tienen cierta inevitabilidad y racionalidad. En cuanto a los delitos, especialmente la delincuencia juvenil, la sociedad tiene una responsabilidad irresponsable, que incluye factores como la familia, la escuela y la sociedad. El sistema judicial tradicional que utiliza el castigo para sancionar crímenes no reduce la tasa de delincuencia de menores y tampoco los conflictos sociales. La pena se autoproclama como un remedio simple y efectivo que puede eliminar todos los crímenes. De hecho, la efectividad del derecho penal es muy limitada y esta conclusión nos la imponen los hechos.

El nacimiento y el desarrollo del sistema de justicia juvenil afirmaron el estado independiente de los menores como un grupo individual de nuestra sociedad, lo que fue una ruptura del modelo social de adultos. La delincuencia juvenil ha causado conmoción y preocupación en todos los sectores de la sociedad. La protección de los derechos legales de los menores y el establecimiento de un sistema de justicia juvenil indepen-

diente son inminentes. Entonces cómo establecer un sistema más científico y razonable de justicia juvenil es un tema importante para la estabilidad y el desarrollo de un país.

China no ha establecido un sistema independiente de derecho de menores para la delincuencia juvenil, ni ha establecido un tribunal de menores independiente. En nuestro país no existe una ley penal específicamente aplicable a la delincuencia juvenil. Se puede decir que la justicia penal de China consiste en leyes que se aplican a los delitos cometidos por adultos, excepto algunos artículos sobre la delincuencia juvenil (por ejemplo, el artículo 17 del Código Penal Chino estipula que si una persona que ha cumplido los 16 años comete un delito, asumirá una responsabilidad penal; si las personas que han alcanzado la edad de 14 años pero tengan menos de 16 años cometen delitos de homicidio intencional, heridas intencional que den lugar a lesiones graves o la muerte, violación, robo, tráfico de drogas, incendio premeditado e intoxicación, asumirán responsabilidad penal; y un delito cometido por personas que han cumplido 14 años pero son menores de 18 años, se considerarán acompañados de circunstancias atenuantes. El artículo 49 del Código Penal dispone que no aplican la pena de muerte a las personas menores de 18 años al momento del delito y las mujeres que estén embarazadas en el momento del juicio).

Para fortalecer la protección de los menores y la prevención de la delincuencia juvenil desde la perspectiva legislativa, el Comité Permanente del Consejo Nacional del Pueblo promulgó en 1991 y modificó en 2006 la "Ley de Protección de la República Popular de China sobre Menores", que en su quinto capítulo estipula la protección judicial de los menores: "Para los menores que cometen crímenes en violación de leyes, se implementará la orientación de educación, libertad condicional y salvación, y se respetarán los principios de educación como pilar y el castigo como principio complementario, elevando así la política criminal contra la delincuencia juvenil al nivel legal". La "Ley de la República Popular de China sobre Prevención de la Delincuencia Juvenil", promulgada en 1999, ha confirmado por primera vez jurídicamente el estatuto jurídico de los tribunales de menores.

En noviembre de 1984, el primer tribunal de menores se creó en Shanghai, para enjuiciar específicamente casos penales juveniles, lo que significó el desarrollo del sistema de justicia juvenil en nuestro país. A través de la exploración y prácticas continuas durante más de dos décadas, se está formando gradualmente un sistema de justicia juvenil con características chinas, lleno de cuidado humanista y conformándose la tendencia histórica del desarrollo de derecho penal. Debido a la inmadurez del desarrollo físico y mental de los menores, la habilidad deficiente de distinguir entre lo correcto y lo incorrecto, el escaso autocontrol, el vicio no profundo de su subjetividad, la gran plasticidad, etc., el tribunal de menores adopta un procedimiento de audiencia, que lo distingue de los crímenes de adultos, toma medidas especiales de prevención y control apropiadas a las características fisiológicas y psicológicas de los menores, y combina

sanciones penales con establecimientos penitenciarios y prevención del delito, lo cual ha logrado buenos resultados. Se ha explorado e implementado una serie de nuevas medidas en el camino de mejorar el sistema moderno de justicia juvenil, como la suspensión de enjuiciamiento, investigación previa al juicio, suspensión de juicio, juicio de mesa redonda, corrección comunitaria y eliminación de condenas anteriores.

3.2.1. Suspensión del enjuiciamiento

La suspensión del enjuiciamiento significa que en el proceso de revisión y enjuiciamiento los fiscales no tomarán una decisión sobre la resolución de un caso que satisfaga las condiciones especificadas, sino que establecerán un período de prueba durante un lapso de tiempo para inspeccionar a los sospechosos menores de edad. Expirado el período de prueba, se debe determinar si les procesarán de acuerdo con circunstancias específicas.

La suspensión de juicio se refiere al hecho de que en el proceso penal, de acuerdo con sus crímenes y actuaciones de arrepentimiento, no será condenado al acusado juvenil a una pena, sino que hará un juicio de extensión. Entonces durante el período de prueba establecido por el Tribunal, debería regresar a la sociedad para continuar estudiando en la escuela. Una vez que expire el período de prueba, se le juzgará en función de los hechos del crimen original y su comportamiento durante la inspección.

No obstante, a pesar de ser la suspensión de enjuiciamiento y juicio una especie de innovación judicial, e incluso, haber sido confirmada por el país y todos los sectores de la sociedad, con el tiempo, se ha suspendido debido a la falta de base legal.

3.2.2. Investigación previa al juicio

Los tribunales de menores han llevado a cabo investigaciones sobre los antecedentes de delinquentes juveniles e inculpados antes del juicio. Ello resulta ser de gran importancia para el control exhaustivo de las circunstancias del caso y las características físicas y mentales de los menores a efectos de realizar una educación ideológica bien orientada. Los principales contenidos de la investigación social incluyen las características de los sospechosos y acusados menores, su origen familiar, contactos sociales, experiencias de crecimiento, comportamientos previos al delito y posteriores al delito, autoconocimiento, condiciones de reeducación, el análisis de la posibilidad de volver a delinquir, las opiniones de evaluación exhaustivas sobre la aplicabilidad de sanciones no penitenciarias, etc.

Las agencias encargadas de la investigación incluyen seguridad pública, fiscales, tribunales, instituciones penitenciarias comunitarias u otras organizaciones sociales como la Liga de la Juventud Comunista, la Comisión para el Trabajo, etc. Se invita a los in-

vestigadores sociales a comparecer ante el tribunal de menores. Una vez finalizada la investigación judicial, éstos leen en público el informe de investigación social. Los jueces se encuentran habilitados a preguntar a los fiscales, defensores, representantes legales y otros participantes del litigio cuál es su opinión sobre el contenido del informe. Los investigadores también deben responder en caso de ser consultados. A continuación, el informe de investigación social adoptado puede servir como referencia para la sentencia del delito realizado por los menores.

En 2005, la provincia de Jiangsu fue el primer lugar de prueba de la corrección comunitaria. El Tribunal Superior Provincial propuso al Departamento Judicial que la agencia de correcciones comunitarias a nivel popular debía asumir el trabajo de investigación social previa al juicio para acusados menores. En 2006, el Tribunal Superior Provincial, la Fiscalía Provincial, el Departamento Provincial de Justicia y el Departamento Provincial de Seguridad Pública emitieron conjuntamente las "Medidas de implementación para la investigación previa al juicio de los acusados menores en casos penales (prueba)", en relación con las tareas, las agencias responsables, los métodos, el procedimiento, el plazo y el contenido de las investigaciones sociales, el contenido del informe de investigación y su evolución e interpelación ante el Tribunal.

3.2.3. Juicio de mesa redonda

El juicio de mesa redonda tiene por objeto crear una atmósfera de juicio que satisfaga las necesidades físicas y mentales de los menores y aliviane la presión a la que se enfrentan los acusados juveniles en las audiencias judiciales, lo que muestra la preocupación humanista de la justicia por este grupo especial y también va convirtiéndose en un modo principal al sentenciar los delitos juveniles. En el juicio de casos criminales de adultos, los métodos de juicio tradicionales enfatizan las normas, la majestad y la oposición. Sin embargo, cuando los acusados menores están esposados y son llevados por el alguacil al tribunal, por su subdesarrollo psicológico, siempre están muy nerviosos y tienen mucho miedo de la solemnidad, lo que a menudo afecta los resultados de los juicios. Además, el representante legal juvenil también creará erróneamente que el niño está aislado e indefenso y solo deseará exculpar la culpabilidad, por lo tanto, será difícil lograr el efecto de una educación positiva.

En la implementación del juicio de mesa redonda, todos los participantes del litigio se presentan juntos y se ubican del siguiente modo: los jueces en el medio, las dos partes de acusación y defensa en sus dos lados y el menor acusado sentado enfrente. Ellos coexisten en una plataforma que no sólo ayuda a reducir la distancia entre cada uno, sino también aliviar la atmósfera. Entonces se puede eliminar el temor de los acusados menores y la oposición de los agentes legales con una buena combinación de la moderación, el cuidado y la solemnidad. El juicio de mesa redonda, desde el modo del juicio, protege efi-

cazmente los derechos e intereses legales de los delincuentes juveniles, ayuda a los menores a comprender sus crímenes incorrectos y volver a recibir una educación positiva. Todo eso personifica plenamente la atención especial del tribunal juvenil para los menores.

3.2.4. Corrección comunitaria

La corrección comunitaria es una medida que hemos promovido activamente en la justicia penal juvenil reciente. Es un sistema que está conectado con las investigaciones sociales previas al juicio. Según el espíritu en el "Aviso sobre la realización de trabajo piloto de correcciones comunitarias" de la Corte Suprema Popular, la Fiscalía Suprema del Pueblo, el Ministerio de Seguridad Pública y el Ministerio de Justicia, la corrección comunitaria es un modo de ejecución en oposición a la prisión. Se refiere al permiso de correcciones comunitarias en la comunidad a los delincuentes que cumplen con ciertas condiciones. Con la asistencia de agencias estatales especializadas, grupos sociales relevantes, organizaciones civiles y voluntarios sociales, les ayudan a corregir su psicología criminal y vicio dentro del límite de tiempo establecido por la sentencia con el fin de promover su buen retorno a nuestra sociedad, en lugar de una pena de privación de libertad. En la actualidad, los principales aspectos de la corrección comunitaria incluyen la labor social pública, la educación ideológica, la educación legal, la educación moral social, la formación de habilidades, la corrección psicológica, la orientación laboral, la guía de vida, etc. Resulta efectivo para evitar sufrir la "personalidad de la prisión" y la contaminación cruzada, y al mismo tiempo, elimina obstáculos y allana el camino para el retorno de delincuentes menores a la sociedad.

3.2.5. Erradicación de los registros penales

También conocida como "eliminación de la corrupción criminal" o "sistema de reinstalación", significa que cuando una persona que ha sido sentenciada cumple con una condición legal, la autoridad legal puede cancelar su veredicto de culpabilidad o sus registros criminales. En el ámbito de la justicia juvenil, este sistema ha sido ampliamente reconocido e implementado en el mundo y se ha convertido en la tendencia de la legislación penal juvenil de varios países.

De conformidad con el Artículo 20 (2) del "Mínimo de Justicia Juvenil de la ONU", firmado por China en 1984, no se puede citar los archivos de delincuentes juveniles en casos posteriores de litigios de adultos y se aclara que mientras el delito sea menor de edad, las consecuencias no deberían tener ningún efecto en su vida adulta.

Algunos tribunales locales en China también han intentado cautelosamente realizar este sistema de erradicación de antecedentes penales. Sin embargo, la legislación

de nuestro país no lo estipula, sino que establece el registro de antecedentes penales o informes de sanciones. Por ejemplo, el Artículo 100 de la Ley Penal establece que las personas que hayan recibido una sanción penal conforme a la ley deberán informar verazmente a la entidad pertinente de su sanción penal al inscribirse en el ejército o lograr un trabajo y no la podrán encubrir. El artículo 44 de la Ley de Protección de Menores y el artículo 48 de la Ley de Prevención de Delitos Juveniles disponen que los delincuentes juveniles gozan de los mismos derechos que los demás menores en lo que respecta a la reanudación de estudios, el empleo y otras actividades sociales. No se permite la discriminación.

Conforme lo dispuesto en el artículo 275 de la Ley de Procedimiento Penal recientemente revisada, cuando el delincuente sea menor de 18 años y se lo condene a menos de cinco años de reclusión, deberá sellarse su registro criminal. Esto significa que el registro criminal no se proporcionará a ninguna unidad o individuo, excepto en los casos en que los órganos judiciales necesiten informarse o las unidades pertinentes realicen consultas de acuerdo con las reglamentaciones estatales. Y las unidades que realizan indagaciones deben mantener en confidencialidad los antecedentes penales que se hayan sellado.

4. CONCEPTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA DE MENORES EN CHINA

4.1. Proceso de la Justicia Restaurativa en China

Durante las últimas décadas, la justicia restaurativa se ha expandido rápidamente. Los intentos regionales individuales se han comenzado a convertirse en una reforma de justicia a un nivel global. Y la reforma judicial también ha tenido un profundo impacto en el sistema judicial de China. Han pasado más de diez años desde que se introdujo el tratado relacionado con la justicia restaurativa en China. Durante este período, los círculos académicos y de práctica judicial en China han continuado realizando investigaciones teóricas y empíricas en este ámbito. Con la profundización de la investigación, se formulan y revisan documentos legales relevantes sobre la justicia restaurativa, lo cual ha comenzado a guiar el mejor desarrollo de la práctica judicial de China.

En los últimos años, docenas de provincias y ciudades, incluidas Pekín, Shangai, Jiangsu y Shandong, han comenzado gradualmente a ejecutar prácticas judiciales con un espíritu restaurativo y han centrado su aplicación en el campo de la justicia juvenil. En 2005, la Fiscalía Popular del Distrito de Huishan de la ciudad de Wuxi de la provincia de Jiangsu, aprobó las "Reglas de operación de la justicia restaurativa de la Fiscalía Popular del Distrito de Huishan de la ciudad de Wuxi", que es el primer documento de la justicia restaurativa que China utiliza como una norma procesal formal. Esta disposición aclara la forma que la agencia de inspección aplica al realizar la re-

conciliación criminal entre las partes: después de revisar el monto de la compensación económica y otros remedios, si la fiscalía cree que la reconciliación criminal puede ser una resolución legal, verdadera y válida, se puede no detener el sospechoso criminal o el acusado, o no procesarlo, o recomendar que el tribunal aliviane el castigo después de la apelación.

En 2006, el Tribunal Popular del Distrito de Canglang de la ciudad de Suzhou emitió las "Reglas de operación de la justicia restaurativa del Tribunal Popular del Distrito Canglang, Suzhou" para tratar de definir la justicia restaurativa: permitir a los delincuentes tener contactos cara a cara con las víctimas y a los jueces y al personal de la comunidad, los maestros, etc. como terceros neutrales. A través de la comunicación y el intercambio entre ellos se promueve el reconocimiento de los delincuentes del daño causado por su conducta delictiva y el uso del perdón, la compensación económica, los servicios comunitarios, la ayuda vital, la aceptación consciente de la reforma penitenciaria y otros medios con el fin de mostrar a la víctima su ánimo de la penitencia para lograr la comprensión y la aceptación de la otra parte y de la sociedad. Y en el juicio final, el tribunal puede dictar penas discrecionales por su responsabilidad penal.

En 2013, el Tribunal Popular del Distrito de Xiaonan de la ciudad de Xiaogan de la provincia de Hubei formuló las "Reglas para la restauración de juicios criminales juveniles en el Tribunal Popular del Distrito de Xiaonan", que aplicó una serie de medidas reparadoras para el tratamiento de la delincuencia juvenil, logrando buenos resultados.

Estas regulaciones, opiniones y reglas relacionadas son exploraciones beneficiosas de la aplicación del concepto de la justicia restaurativa en la práctica judicial de China. Usar este concepto para guiar la construcción del sistema de justicia de los menores en China no es infundado, sino que es un audaz intento después de examinar el entorno del sistema judicial chino y considerar las condiciones nacionales y sociales y los sentimientos públicos de China. Por lo tanto, tenemos razones para creer que, con la profundización de la práctica, la justicia restaurativa ciertamente va a generar un nuevo tipo del desarrollo del sistema judicial de nuestro país.

4.2. Correlación entre el sistema de la Justicia Juvenil y la Justicia Restaurativa

4.2.1. Similitudes esenciales de sus características, propósitos, etc.

La justicia restaurativa y la justicia tradicional no son absolutamente opuestas, sino que tienen el objetivo común de mantener el equilibrio de la división de responsabilidades. Todas consideran que las víctimas deben ser indemnizadas y que los perpetradores deben pagar por sus propios crímenes. La mayor diferencia recae en los métodos específicos de asumir responsabilidades y restablecer el equilibrio que éstas utilizan.

En comparación con la justicia retributiva, la justicia tradicional tiene las siguientes tres características: en primer lugar, la extensividad de los participantes. La justicia tradicional presta más atención a la elegibilidad, al estatus social y los derechos de los acusados, víctimas, representantes legales, defensores, testigos, peritos, fiscal y otros participantes en el procedimiento del juicio. Las personas que cumplen con las condiciones pueden gozar de los derechos de litigio y además tienen que estar sujetas a las correspondientes obligaciones de litigio. Las entidades descalificadas no pueden participar en las actividades de litigio penal. La justicia restaurativa no sólo involucra la participación de jueces y litigantes criminales, sino también las víctimas afectadas por crímenes a diferentes niveles, como representantes de la comunidad, voluntarios de la comunidad, partidarios de las víctimas y mediadores independientes. Por lo tanto, los participantes en el sistema de justicia restaurativa son extensos.

El segundo es la flexibilidad del tratamiento. La justicia tradicional está estrictamente regulada por la ley, tanto en el proceso de litigio como en el procesamiento sustantivo. Se ajusta por la ley procesal y la legislación sustantiva, de lo contrario, sus actos serán perseguidos e investigados por resultar ilegales. Por lo tanto, la justicia tradicional presta atención a los conceptos de legalidad del procedimiento, el castigo legal de los delitos y la adaptación de la responsabilidad penal. Sin embargo, la justicia restaurativa ha establecido una plataforma de diálogo para las víctimas, los delincuentes y otros participantes. Se trata de resolver el conflicto a través de la mediación, la reconciliación, la participación del comité de recuperación comunitaria y otros métodos para lograr algún resultado, como disculpas, la compensación y el servicio comunitario. Entonces la diversidad de métodos de tratamiento y resultados logrados a diferentes niveles hace la justicia restaurativa ser más flexibles que la justicia tradicional.

Finalmente, la diversidad en la búsqueda de objetivos. A través del enjuiciamiento penal de los autores, la justicia tradicional priva a los delincuentes de la libertad personal e incluso del derecho a la vida para realizar el propósito de castigarlos, defender la solemnidad de la ley, así como prevenir los delitos. La justicia restaurativa también castiga a los delincuentes, pero se basa en la voluntad de los delincuentes para asumir sus responsabilidades. A través de una negociación multipartidista, se formulan soluciones para reparar el daño causado por los crímenes y reestablecer el equilibrio de intereses entre la sociedad, la comunidad y la víctima.

Además de sus características propias, la justicia penal juvenil también tiene las tres características anteriores.

A. Extensividad de los participantes

El sistema de justicia penal juvenil en China se adhiere al principio de "énfasis en educación y complementación con castigo" e incorpora investigaciones previas al juicio, mesas redondas, correcciones comunitarias y órdenes de supervisión en la justicia

penal juvenil. Por ejemplo, el Artículo 21 del "Reglamentos Varias sobre Audiencia de Casos Criminales de Menores" de la Corte Suprema Popular de la República Popular China estipula que antes del juicio, la fiscalía y la defensa pueden investigar situaciones del menor acusado como su carácter, situación familiar, relación interpersonal, experiencia de crecimiento y comportamiento antes y después de la ejecución del delito. Y luego se presenta materiales escritos al Tribunal. Cuando sea necesario, los tribunales populares también pueden encomendar a las organizaciones sociales pertinentes que realicen investigaciones o las investiguen por su cuenta. En la práctica de la justicia juvenil, las investigaciones previas al juicio y las correcciones comunitarias se han adoptado como importantes políticas de justicia juvenil y se han promovido a nivel nacional para regular sus actividades. Por lo tanto, los investigadores sociales, guardianes y representantes de la comunidad también necesitan participar en este proceso de litigación. En consecuencia, presenta la amplitud de participantes.

B. Principio de proporcionalidad

Al tratar la justicia penal juvenil no se enfatiza el principio básico del derecho penal que se ajusta a los crímenes y lo reemplaza por el principio de proporcionalidad. Las Reglas de Beijing disponen que el sistema de justicia penal juvenil debe prestar más atención al bienestar de los jóvenes y asegurar que cualquier respuesta a los delincuentes juveniles deberá ser acorde no sólo con las circunstancias y la gravedad del delito, sino también con la situación y las necesidades de los menores y la sociedad. Por lo tanto, se requieren más flexibilidad y diversificación en los métodos de procesamiento, así como la individualización del tratamiento. Encarna este principio en el artículo 11 de la Interpretación sobre Varias Cuestiones Relativas a la Aplicación Específica de la Ley en el Juicio de los Casos de Delincuencia Juvenil, que establece que las penas aplicadas a los delincuentes juveniles deben considerar en su totalidad si es beneficioso para la educación y la corrección de los delincuentes menores. Las penas para delincuentes juveniles deben corresponder al artículo 61 de la Ley penal considerando los motivos y propósitos del delincuente juvenil, la edad en el momento del delito, si es la primera vez que comete el delito, el arrepentimiento posterior al delito, la experiencia de crecimiento personal y el comportamiento habitual y otros factores. Se debe aplicar de conformidad con la ley la pena penal correspondiente a los delincuentes juveniles que cumplan con las condiciones de la vigilancia, la libertad condicional, la multa o la exención de la pena penal.

C. Énfasis en la educación y la salvación de delincuentes juveniles

En cuanto al objetivo de la justicia penal juvenil, no sólo se trata de la sentencia de la delincuencia a través de procedimientos judiciales sino también de la educación y la salvación de los menores que cometen crímenes. Al reparar las relaciones sociales

dañadas, incluida el reconocimiento de la sociedad de su estatus social antes del crimen, asume el principio de la protección de los derechos de los menores y los intereses de la sociedad. Por lo tanto, cuando salvaguarda los derechos e intereses legítimos de las víctimas, la orientación de los juicios penales juveniles –que se basa principalmente en la educación y se complementa con castigos–, también mantiene un equilibrio de intereses de todas las partes. Entonces, la justicia penal juvenil tiene diversidad en la búsqueda de objetivos.

4.2.2. Comunión de la naturaleza, la modalidad de la aplicación y la función entre la justicia restaurativa y la justicia penal juvenil

A. Principios del funcionamiento de justicia restaurativa

El funcionamiento de justicia restaurativa debe seguir los siguientes principios:

- La voluntad. Esta es el principio primario de la justicia restaurativa y se ejecuta durante todo el proceso. El plan de recuperación es el acuerdo entre la víctima y el delincuente y debe basarse en la voluntad de las partes. En caso que una de las partes no acepte el proceso de restauración, debe transferirse al proceso judicial formal. Si durante la implementación del proceso restaurativo ocurre la retirada de cualquier parte, el proceso restaurativo finaliza automáticamente.
- La justificación. Indispensable en las actividades formales de justicia penal y también es la piedra angular del uso de los programas de justicia restaurativa. Los procedimientos de justicia restaurativa se pueden aplicar sólo cuando hay pruebas suficientes para demandar los crímenes y las partes llegan a una opinión unánime acerca de llevar a cabo la justicia restaurativa. El papel de la justificación también es que cuando el acuerdo restaurativo no puede alcanzarse o no se cumple después de que se llega, puede transferirse a procedimientos judiciales formales para ahorrar costos judiciales.
- La confidencialidad. Es un principio que promueve la comunicación y permite a las partes hablar libremente, entenderse y llegar a un acuerdo. Si la justicia restaurativa no sigue este concepto, no se puede eliminar las preocupaciones de ambas partes y será fácil obstaculizar el proceso restaurativo, por supuesto, excepto la solicitud y el consentimiento de las dos partes o el requerimiento de la ley estatal.
- La imparcialidad y la neutralidad. En el proceso de justicia restaurativa, a veces el mediador y el juez no son la misma persona, dependiendo de la realización de su etapa. Por lo tanto, se requiere que el mediador mantenga una posición imparcial y neutral y no favorezca a ninguna de las partes. El acuerdo restau-

- rativo así logrado puede verdaderamente mostrar la voluntad de las dos partes.
- La decisión firme. Esta es la confirmación legal de este sistema y tiene el mismo efecto legal que el árbitro judicial. La resolución del programa de justicia restaurativa debe ser adecuadamente supervisada por la judicatura e incorporada al juicio judicial. Cuando las dos partes llegan a un acuerdo al final, el resultado debe tener el mismo estatus legal que cualquier otra decisión judicial y no se puede procesar los mismos hechos.

B. Modos típicos de la forma principal de justicia restaurativa

La forma principal de justicia restaurativa es procedimientos de mediación, conferencias de reconciliación o círculo del juicio, y comités de recuperación comunitaria. Entre ellos existen tres modos típicos: reuniones entre víctimas y delincuentes, simposios directos y mesas redondas. En el proceso de la justicia restaurativa, el verdadero medio judicial va a garantizar su implementación.

En cuanto a la naturaleza, la justicia penal juvenil no es una justicia pura sino una mezcla de poder judicial y administrativo, lo cual es similar a la justicia restaurativa que también tiene los atributos duales. En las prácticas penales de delitos juveniles, las audiencias de libertad condicional, las investigaciones previas al juicio, las negociaciones de mesas redondas, la ayuda comunitaria y otras formas de justicia son similares a las de la justicia restaurativa. Además, tanto la justicia penal juvenil como la justicia restaurativa incluyen los poderes de adjudicación, educación, protección y restauración, por lo tanto, son obviamente diferentes de la justicia tradicional puramente neutral y pasiva. Por su diversidad en la búsqueda de objetivos, se les permite seleccionar de forma flexible los métodos requeridos para restaurar las relaciones sociales originales y equilibrar los intereses de todas las partes. Por lo tanto, la justicia penal juvenil y la justicia restaurativa prestan más atención a la sustantividad del resultado judicial que al procedimiento del juicio. Y el resultado de los dos tipos de justicia tiene normalmente una clara tendencia.

Sobre la función judicial, la justicia penal juvenil y la justicia restaurativa tienen las siguientes características especiales:

- Proteger los derechos humanos. La justicia penal tradicional se centra en el daño causado por el crimen a la sociedad. A menudo excluye a las víctimas del proceso judicial e ignora los intereses personales, la dignidad y seguridad de las víctimas. Sin embargo, la justicia restaurativa presta atención a la protección de los derechos e intereses legítimos de las víctimas y les proporciona una oportunidad de establecer un diálogo directo con los autores. Mediante los diálogos entre ellos, las víctimas les pueden comunicar directamente los impactos causados por los actos criminales, obtener sus disculpas y la compen-

sación. Cuando protege los derechos e intereses de las víctimas, alivia la presión psicológica que pesa sobre éstas, así como sobre los delincuentes. Es más beneficioso ayudar a la comunidad a eliminar los efectos negativos provocados por la delincuencia y favorecer la reintegración de ambas partes. Todo esto refleja la preocupación humanística de la justicia restaurativa. Y la justicia penal juvenil también da mucha importancia a la protección de los derechos de los delincuentes juveniles, enfatizando que la protección es otro concepto de prevención y educación. Hay varios métodos que se pueden usar: las órdenes de cuidado, orientación y supervisión, el asesoramiento, la observación, una formación profesional de habilidades y otros métodos que no están sujetos al tratamiento institucional para garantizar que los niños reciban un trato acorde con su bienestar y su crimen. Se exige un uso mínimo de la prisión y no se permite la tortura, la pena de muerte y la cadena perpetua.

- Corregir a los criminales. El método tradicional de castigo de prisión ha afectado seriamente el proceso de resocialización de los delincuentes, lo que ha provocado inestabilidad social después de su liberación de la prisión. Este círculo vicioso ha introducido un retraso de su reintegración. Por lo tanto, es probable que vuelva a ser metido en una cárcel por la reincidencia en el delito. Pero la justicia restaurativa aboga por la aplicación de castigos no privativos para evitar la configuración de una personalidad carcelaria por parte de los criminales. Enfatiza el espíritu de estar serio con los pecados y suave con las personas. Esta política juega un papel importante en reintegrar la vergüenza de los delincuentes, aumentar su confianza en sí mismos para revivir su vida y promover su reversión del mal. Y en cuanto a la justicia penal juvenil, se centra en las características fisiológicas y psicológicas especiales de los menores, analizar las causas, los motivos y la circunstancia del delito y destacar su plasticidad y regeneración, a través de impregnar la educación a lo largo de todo el proceso, fortalecer el asesoramiento ideológico e introducir oportunamente las correcciones psicológicas y comunitarias para ayudar a los adolescentes con problemas a remodelar su nueva vida.
- Reparar la relación. La justicia penal tradicional cree que castigar los crímenes es una cuestión del Estado. Se dejan de lado a las víctimas y las comunidades. Las relaciones comunitarias dañadas por crímenes no se pueden reparar e incluso pueden empeorar. Además, la tensión entre el delincuente y la comunidad puede causar la reincidencia del delito. La justicia restaurativa alienta a las víctimas y miembros de la comunidad a participar activamente en el proceso judicial. Después de distinguir lo justo de lo erróneo, a través de comunicaciones múltiples, intercambios de opiniones y negociaciones; trata de resolver el conflicto de forma adecuada utilizando la compensación, las disculpas, etc. Así las relaciones sociales pueden estar restauradas. Sobre la justicia penal juvenil,

al tiempo que está confirmado el delito, se insiste en la justicia humanizada. Y se concede gran importancia al *status quo* objetivo de los menores como grupos socialmente vulnerables y la protección judicial en el proceso del juicio. Además, se prioriza la protección de sus derechos sustantivos de acuerdo con la ley. No va a aplicarse castigos privativos de la libertad siempre que sea posible. Con las investigaciones previas del juicio, la reconciliación criminal, la corrección comunitaria y otras maneras, tratan de minimizar el daño causado por crímenes a las víctimas así como los delincuentes menores.

- Mejorar la eficiencia. Los métodos judiciales tradicionales son rígidos y tienen muchos procedimientos. En el manejo de delitos penales, deben realizarse investigaciones, juicios previos, arrestos, enjuiciamientos, juicios, sentencias y ejecuciones. En cuanto a los casos no tan graves, a veces el período de detención preventiva sea mayor que el período de ejecución que debe anunciarse. En una situación embarazosa a largo plazo, la detención preventiva se ha convertido en un tipo de enfermedad de la justicia. Sin embargo, la justicia restaurativa y la justicia penal juvenil —en términos de las formas tradicionales de justicia—, tienen procedimientos simplificados, alta eficiencia y bajos costos, lo que hace que el manejo de ciertos casos penales pueda usar algunos métodos alternativos para resolver el problema en lugar de los procedimientos tradicionales de justicia. Son una forma importante de ayudar a reducir la pesada carga de manejar casos delictivos y asegurar que el sistema de justicia criminal solo trate casos serios que requieren intervención formal del sistema de justicia criminal. Y al mismo tiempo, facilitan la desintegración de actividades criminales, debilitan la oposición entre la gente y el poder estatal, mantienen la estabilidad continua de la sociedad y reducen la tasa de reincidencia y de encarcelamiento, lo que ayuda a bajar los costos de ejecución y a asignar razonablemente los recursos judiciales.
- Demostrar la justicia. En el sistema de justicia tradicional la fiscalía reemplaza a la víctima para ejercer el derecho a apelar, sin pensar que el tratamiento va a satisfacer finalmente las necesidades de la víctima. Y las víctimas sólo pueden aceptar pasivamente lo que realiza el país. Incluso si ambas partes han llegado a un acuerdo sobre este caso y no están dispuestas a expandir la situación, el poder judicial que representa al país aún se ve obligado a intervenir en nombre de la equidad y el resultado puede ser mucho peor que el del delincuente y la víctima. El Estado podría haber relajado la relación entre las partes, sanado la brecha entre ellas y restaurado su estado original de la vida. Sin embargo, por la justicia, existe mucha posibilidad de estrangular de nuevo esta oportunidad y ocasionar una nueva lesión. Pero la justicia penal juvenil y la justicia restaurativa intentan evitar la interferencia del poder estatal tanto como sea posible, promueven la participación activa de los delincuentes, las víctimas y la comunidad, y restauran las relaciones sociales que fueron dañadas por el comportamiento delictivo.

Debido a su permiso de una amplia participación en el caso, los métodos de tratamiento flexibles y diversos, así como una búsqueda de la diversificación de objetivos, la resolución puede reflejar mejor el equilibrio de intereses múltiples y satisfacer mejor las necesidades y expectativas de las personas involucradas.

4.3. Necesidad de la práctica de la justicia restaurativa de menores

La especialidad de la delincuencia juvenil y el efecto de los procedimientos judiciales formales sobre los delitos juveniles demuestran que no se puede satisfacer las necesidades reales dependiendo únicamente de la formalización de estos procedimientos y la aplicación de sanciones para controlar y resolver la delincuencia juvenil. Entonces, es necesaria una reforma del sistema de justicia juvenil existente y del establecimiento de un sistema de justicia restaurativa juvenil que sea coherente con el desarrollo físico y mental de los menores, así como que satisfaga las necesidades de la sociedad.

4.3.1. Reforma del sistema determinada por la especialidad de la delincuencia juvenil

Las particularidades distinguen los delitos juveniles de los crímenes de adultos. El menor es un grupo fisiológicamente y psicológicamente inmaduro cuyos patrones de comportamiento determinan que el menor tenga una plasticidad mayor que el adulto. Al juzgar las causas del delito, los casos juveniles a menudo son provocados por sus propias características internas y el impacto externo como la educación familiar, la educación escolar y los factores sociales negativos. Los delincuentes menores de edad están en un rango de edad peligroso que los psicólogos también lo llaman “período de destete psicológico”. Cuando la conciencia sexual comienza a madurar, les falta la moralidad sexual; cuando la conciencia independiente empieza a despertar, les falta la capacidad cognitiva; cuando las demandas comienzan a expandirse continuamente, su juicio de valor se distorsiona; cuando el valor propio se realiza, su concepto de valor se disloca. Por lo tanto, los menores a menudo exhiben respuestas irracionales a los estímulos externos. Los impulsos son imprudentes, ignorando las restricciones morales y legales. Como resultado, los delincuentes juveniles son más educativos, correctivos y de plástico que los adultos. La reeducación de los delincuentes juveniles puede ayudar a erradicar en mayor medida los incentivos potenciales del delito y evitar que los menores vuelvan a cometer delitos. Desde esta perspectiva, es de gran alcance adoptar maneras más positivas a los delincuentes menores de edad.

Además, el funcionamiento formal del proceso judicial es tan serio y tenso que los menores también sufren una enorme presión y están en una situación de vulnerabilidad física y psicológica debido a su falta de capacidad de autoprotección e inmunidad al mal

ambiente. Para evitar el daño judicial a los menores los procedimientos judiciales deben minimizar el grado o el alcance de intervención en ellos de modo que los menores sean menos vulnerables o inofensivos. Al mismo tiempo, la realidad exige una transformación oportuna de las formas de tratar la delincuencia juvenil. El sistema de justicia juvenil de China necesita extraer lecciones del modelo de justicia restaurativa, reposicionarse desde la perspectiva de buscar la armonía en el orden social, maximizar el nivel de la recuperación de delincuentes menores, promover su crecimiento saludable y dedicarse más a su educación, lo que también va a ayudar a manejar y controlar con mayor eficacia los casos de delincuencia juvenil, para salvar a los menores que se hayan equivocado, así como para evitar que los menores se vean perjudicados por el proceso judicial.

4.3.2. Deficiencias en el sistema de justicia de menores existentes en china

En la actualidad, China ha adoptado la Constitución como el principio jurídico básico para los menores, la Ley para la Protección de Menores y la Ley para la Prevención de la Delincuencia Juvenil como leyes especiales, con un complemento de otras leyes, reglamentos e interpretaciones judiciales sobre la protección de los derechos e intereses de los menores.

El párrafo 2 del artículo 46 de la Constitución de China estipula que el Estado se encarga del desarrollo integral de jóvenes, adolescentes y niños en todos los aspectos de moralidad, inteligencia, deportes, etc. El artículo 49 establece que los niños están protegidos por el Estado y se prohíbe el maltrato infantil. Estos son principios básicos que se aplican en el sistema legal de menores para proteger a los niños bajo la forma de la ley fundamental del país. La Ley para la Protección de Menores promulgada en 1991 y la Ley para la Prevención de la Delincuencia Juvenil establecida en 1999, explican en detalle los principios, métodos, contenidos y la responsabilidad legal sobre la protección de los menores, que son las principales leyes especiales de menores en China.

Posteriormente, otras leyes promulgadas por la Asamblea Popular Nacional de China también se refieren a la protección de los derechos e intereses de los menores, incluidos el Derecho Penal, los Principios Generales de Derecho Civil, la Ley de Procedimiento Criminal, la Ley Matrimonial, la Ley Laboral, etc. El Consejo de Estado y sus varios ministerios también emitieron las regulaciones administrativas y departamentales para la protección de menores, como las Sanciones para la Administración de Seguridad Pública en la República Popular China, las Regulaciones sobre la Administración de Guarderías Infantiles, las Diversas Opiniones de la Comisión Nacional de Educación sobre el Control Estricto de la Pérdida de Estudiantes de Escuela Primaria y Secundaria, el Aviso del Ministerio de Cultura y del Ministerio de Seguridad Pública sobre la Prohibición de Utilizar Máquinas de Juego para Actividades de Juegos de Azar, etc. La Fiscalía Popular Suprema, el Tribunal Popular Supremo y el Ministerio de Segu-

ridad Pública también divulgaron varias interpretaciones judiciales, avisos, opiniones y regulaciones sobre su la protección, tales como Algunas Disposiciones del Tribunal Popular Supremo sobre la Audiencia de Casos Criminales de Menores, Reglamentos de la Fiscalía Popular Suprema sobre el Tratamiento de Casos Penales Juveniles y Reglamentos del Ministerio de Seguridad Pública del Tratamiento de Casos Criminales Juveniles.

El régimen legal de menores constituye el sistema de justicia juvenil de un país. Entonces por el contenido mixto y poco claro, podemos saber que China aún no ha formado un sistema de justicia juvenil unificado en su forma, claro en su alcance, estructura, contenido y propiedad. La justicia penal de los menores de China todavía se adhiere a los sistemas de justicia para adultos y carece de independencia. Además, China siempre ha insistido en la orientación de "educación, influencia y salvación" y el principio de "enfaticar la educación y complementar con el castigo" al tratar la delincuencia juvenil. Estas políticas reflejan, en cierta medida, el proteccionismo y la responsabilidad por los menores, que también está en consonancia con el concepto internacional del desarrollo de la justicia juvenil. Sin embargo, no existe un sistema de gestión legal específico para su mejor práctica.

Por lo tanto, es necesario la introducción oportuna de la justicia restaurativa en el sistema de justicia penal de los menores. A través del proceso de recuperación para tratar delitos menores y aliviar el conflicto entre la víctima y el delincuente juvenil, los menores se pueden enfrentar con las consecuencias criminales de una manera más tranquila. Y en el proceso de procesamiento, los criminales juveniles pueden ir recibiendo la inspiración ética, reconocer profundamente sus propios errores, arrepentirse sinceramente y asumir valientemente y activamente sus responsabilidades sociales. Esta es una buena manera de actualizar la orientación de "educación, influencia y salvación" y el principio de "enfaticar la educación y complementar con el castigo" de nuestro país. Entonces, es cierto que la construcción del sistema de la justicia restaurativa de los menores va a promover la mejora y el desarrollo del sistema legal juvenil de China.

4.4. Viabilidad de la práctica de la Justicia Restaurativa de menores

4.4.1. Base cultural

La cultura tiene diferencias regionales, pero también tiene una universalidad basada en la misma estructura social. Si un nuevo sistema, liderado por un nuevo concepto, quiere sobrevivir y desarrollarse en otro país u otra región, debe analizar sus condiciones culturales específicas.

El nacimiento de la justicia restaurativa en los países occidentales refleja el desarrollo de un nuevo sistema de cultura. Es una respuesta y transformación de los países occidentales a su crisis de justicia penal e incluso a la crisis social moderna. Es un reflejo

de la legalización después de la civilización material. El concepto defendido por la justicia restaurativa es totalmente diferente al de la retribución y la disuasión tradicionales, lo cual pone mayor énfasis en proteger los intereses de las víctimas, reconstruir el orden público dañado y las relaciones sociales y promover la reintegración de los delincuentes en la sociedad. Esto es una manifestación de la cultura de tolerancia de la ley.

La tolerancia, como una idea de resolver los conflictos y reducir la disparidad conceptual, es un valor de las personas para manejar las disputas y las diferencias entre ellos. Y en nuestra sociedad, también existen similares tradiciones culturales y conceptos de tolerancia. La Doctrina aboga por la armonía, la paz y la lealtad al perdón y requiere que las personas se entiendan unos a otros y se cuiden mutuamente. El taoísmo en China también enfatiza la armonía entre el hombre y la naturaleza, y entre las personas. Por tanto, este concepto de perseguir la paz se encuentra profundamente arraigado en nuestra cultura tradicional.

Y la orientación de la cultura del litigio influye y restringe el mecanismo operativo y el proceso de toma de decisiones de la práctica judicial. En la sociedad civil de China, especialmente en las áreas rurales, ya existe una atmósfera instalada de mediación civil. Durante mucho tiempo, más allá del ajuste legal, la sociedad rural ha estado operando un mecanismo propio para la resolución de disputas. Este tipo de mecanismo de mediación tiene sus raíces en la cultura tradicional confuciana, que concibe al litigio como un fenómeno social negativo donde los funcionarios deben resolver las disputas a través de la búsqueda de soluciones que ambas partes estén dispuestas a aceptar voluntariamente, en vez de llevar a cabo juicios y emitir alguna sentencia que sea vinculante para las partes. Comparado con el papel desempeñado por la ley formal en la sociedad rural, el mecanismo de mediación no litigioso de la sociedad juega un papel importante en la resolución de conflictos y en la restauración de un orden social armonioso. Esto proporciona una base social profunda para la aplicación de la justicia restaurativa en nuestro país.

Además, para los delincuentes juveniles, también hay un complejo de cuidar a los menores en la tradición de nuestro país. La legislación de muchas dinastías en la historia había estipulado que los delincuentes juveniles debían ser tratados de manera diferente y creía que promover el crecimiento saludable de los jóvenes fue la responsabilidad que debían asumir el país y la sociedad. Debíamos cuidar y amar a los niños pequeños y vulnerables. Esto es similar al concepto de la justicia restaurativa de los menores.

4.4.2. Dirección de la política y el principio

Sobre la delincuencia juvenil, nuestro país siempre insiste en la política compuesta por la orientación de "educación, influencia y salvación" y el principio de "enfatar la educación y complementar con el castigo". Frente a los delincuentes menores de edad, la sociedad debe asumir sus responsabilidades y hacer esfuerzos para educarles y salvarles

en lugar de simplemente criminalizar el castigo. Esto también es una respuesta racional al fenómeno delictivo de los menores y un tratamiento adecuado de sus delitos. La justicia restaurativa sostiene que para despertar la conciencia moral y el sentido de responsabilidad social del delincuente juvenil se deben utilizar medidas restaurativas y preventivas en lugar de la venganza y el castigo. Por lo tanto, con el objetivo de mantener la estabilidad general y promover la armonía social, el concepto de la política de justicia penal juvenil coincide con el de la justicia restaurativa de los menores.

La práctica del sistema de justicia juvenil en Occidente durante el siglo pasado ha demostrado que la fortaleza de un solo sistema judicial es difícil de lograr el efecto de la gestión de la delincuencia juvenil y la protección del crecimiento saludable de los menores. Sin embargo, la justicia restaurativa presta mucha atención al papel del entorno social, centrándose en encontrar los factores de contexto que influyen en el delito. Todas las partes de la sociedad deben participar en el manejo de actos delictivos, y a través de la resocialización de los perpetradores, se evitarán los posibles delitos cometidos por ellos en el futuro, lo que también está en consonancia con los requisitos de las directrices judiciales para los menores en China. El principio de la justicia penal de los menores en China proporciona un espacio relativamente grande para la exploración y el desarrollo del sistema de justicia restaurativa y elimina también los obstáculos para su viabilidad en el país.

4.4.3. Reforma actual de justicia penal de los menores en China

Con el cambio del concepto legal de China, su sistema de la justicia penal de los menores ha aprendido de las experiencias extranjeras exitosas y ha lanzado nuevos experimentos de reforma en el tratamiento de la delincuencia juvenil, como la participación de adultos apropiados, el juicio de mesa redonda y la corrección comunitaria, que han logrado mejores resultados sociales. Un sistema de participación de adultos adecuados significa que la policía debe pedirle a un adulto apropiado que esté presente cuando interroge a sospechosos menores o a menores con trastornos mentales. Cuando llegan los adultos idóneos, ellos deben detener la opresión policial que puede ocurrir durante el interrogatorio y asegurarse de que los menores hagan declaraciones de forma voluntaria. Nuestro país ya ha incorporado este sistema en la legislación actual. El artículo 56 de la Ley de Protección de Menores estipula que cuando un órgano de seguridad pública o una fiscalía popular interroga a un sospechoso, un testigo o una víctima menores de edad, debe notificar a su tutor.

Panlong (una ciudad de Kunming) en el año 2004 comenzó a implementar el sistema de participación de adultos apropiado. Cuando la policía de la Seguridad Pública del Distrito de Panlong interrogó a los delincuentes menores, los adultos fueron notificados y estuvieron en presencia durante todo el proceso de información para proteger los derechos de los menores. Y en la etapa de investigación, ellos no sólo participaron

en el interrogatorio de menores, sino también en la realización de investigaciones sociales para trabajar juntos en la educación y la salvación de los menores.

El método del juicio de mesa redonda también respeta plenamente las características físicas y mentales de los menores, salvaguarda los derechos legales de los acusados menores, e incita a los acusados menores a comprender los errores en un ambiente relajado, recibir una educación positiva y pedir el perdón de las víctimas.

En 2003, el Tribunal Popular Supremo, la Fiscalía Popular Suprema, el Ministerio de Seguridad Pública y el Ministerio de Justicia publicaron conjuntamente el Aviso sobre la Realización de Trabajo Piloto de Correcciones Comunitarias. Y después, esta política para la protección de los menores se ha llevado a cabo en 25 provincias y ciudades de todo el país.

Las pruebas de reforma mencionadas son un logro importante de nuestro país en el proceso de explorar un sistema nuevo de la justicia penal de los menores. Aunque estos métodos no son los mismos que el modelo general de la justicia restaurativa, los conceptos subyacentes son los mismos los cuales también son realizados para la protección y la educación de los menores. Estas pruebas son los primeros intentos de la justicia restaurativa en el campo de los menores en nuestro país y han ofrecido una valiosa experiencia para su establecimiento.

5. CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA DE MENORES EN CHINA

5.1. Caracteres limitados de la práctica de justicia restaurativa de menores

La instauración del sistema de justicia restaurativa de menores en el país no significa que debamos abandonar completamente el modelo judicial tradicional centrado en el poder del Estado, sino que se espera encontrar una manera que considere integralmente la justicia, la eficiencia y las necesidades de todas las partes para proteger mejor a los menores y corregir el problema de la delincuencia juvenil. Entonces se necesita explorar también los defectos institucionales en la práctica de la justicia restaurativa de menores con el fin de construir científicamente un sistema de justicia juvenil en China bajo el marco de la intervención estatal. Por lo tanto, se necesitan considerar los siguientes aspectos:

5.1.1. *Aplicación limitada de justicia restaurativa de menores*

La justicia restaurativa tiene su propio valor, propósito, función y modelo específico. No es adecuado aplicarla en todos los casos para resolver cada problema. Normalmente, sólo es aplicable a los casos criminales con daños sociales menores. Aunque en

alguna región se aplica a delitos graves, siempre existen ciertas restricciones y condiciones sobre el delincuente. Además, la justicia restaurativa puede resolver la mayoría de los problemas de delincuencia juvenil sin penalidad, pero en cuanto a crímenes violentos cometidos por menores, delitos de drogas y reincidencias que ponen en grave peligro la seguridad personal o la seguridad pública de los ciudadanos, se exige que los infractores menores asuman su responsabilidad criminal.

5.1.2. Desafíos que enfrentan los principios básicos del Derecho Penal

En la justicia restaurativa de menores, el permiso del proceso restaurativo está determinado por el auto-arrepentimiento de los delincuentes, la gravedad del delito y la voluntad de los interesados, especialmente de la víctima. Si la víctima no lo acepta para lidiar con las consecuencias del crimen, es muy probable que los menores que cometan el mismo crimen reciban tratamientos diferentes, un castigo penal formal o un castigo recuperable, bajo la misma manifestación de arrepentimiento. En general, la compensación económica es el método principal por el cual los delincuentes menores de edad son responsables de indemnizar a las víctimas. Si el delincuente juvenil no tiene una capacidad económica suficiente para satisfacer el reclamo de compensación de la víctima, no le queda otra opción sólo abandonar la reconciliación. Por lo tanto, según los resultados, el restablecimiento de los procedimientos de la justicia restaurativa de menores puede dar lugar a diferentes castigos por el mismo delito o las mismas penas pero con diferentes grados de responsabilidad, de modo que esté desafiado el principio de la igualdad del derecho penal y la adaptación entre pecados y castigos.

5.1.3. Reeducción de menores insuficiente por la responsabilidad alternativa y la no penalización

Los menores no tienen capacidades económicas independientes. La compensación económica involucrada en la mayoría de los casos, obviamente, sólo puede pasarse a los padres o tutores. Si las condiciones económicas de la familia son buenas y la compensación económica no representa ninguna carga para los delincuentes menores y sus familias, es posible que los delincuentes menores no se den cuenta realmente del dolor de las víctimas y los daños causados por su crimen. Entonces, a pesar de la disculpa pública a la víctima, no puede hacer que los delincuentes menores de edad se inspiren moralmente, por lo que el espíritu restaurativo todavía se encuentra en la superficie.

5.1.4. Efectividad de justicia restaurativa afectada por la ausencia y la falta de comprensión de las víctimas

La justicia restaurativa se basa en la participación de múltiples partes, con especial énfasis en la voluntad de las víctimas de participar en este proceso. En la práctica, algunas víctimas no están dispuestas a enfrentar a los delincuentes, y otras no establecen un sentido de responsabilidad social para que ayuden a los delincuentes a corregir sus delitos y reconstruir sus relaciones sociales. Esta justicia debe ser una especie de decisión tomada con pleno respeto a la voluntad y los intereses de las partes y no puede ser utilizada como un mecanismo obligatorio. De lo contrario, colisiona con su intención original. Además, en la reparación emocional de la víctima, la disculpa del delincuente juvenil no puede satisfacer plenamente las necesidades psicológicas de ellas. DIGNAN explica: “To the extent that Christie’s ‘ideal victim’ stereotype implies that victims and offenders form entirely separate categories, inhabiting completely different geographical and social milieus, therefore, it is again at odds with the ‘real world’, at least insofar as this is accurately captured by victim survey data”⁸, lo que aumenta más la dificultad de una comprensión real de la sincera disculpa del delincuente hacia la víctima y un tratamiento activo y positivo sobre el delito por la diferencia esencial entre las dos partes.

5.2. Posicionamiento razonable de justicia restaurativa de menores

Un posicionamiento adecuado de justicia restaurativa de menores es de gran importancia para aplicarla y lograr más éxito a largo plazo en China. Se necesita un análisis preciso y una consideración cuidadosa para decidir si va a establecer un sistema independiente de los procedimientos judiciales formales sólo enfocándose en los intereses de todas las partes involucradas en el arreglo de las consecuencias de delitos sin considerar los juicios institucionales y el sistema de la justicia penal, o uno como modelo vinculado a los procedimientos judiciales formales, con impacto en las decisiones judiciales formales, o proporciona resoluciones alternativas y usa el poder judicial del Estado para ayudar, controlar y hacer cumplir su contenido.

En términos de su naturaleza, la justicia restaurativa enfatiza el uso de diversos recursos y fuerzas sociales. Este modo de operación excluye la intervención y participación del Estado. Sin embargo, si cortamos completamente la influencia del sistema judicial nacional y el apoyo de las fuerzas estatales confiando solamente en la sociedad —que aún necesita de más desarrollo y mejora del conocimiento legal—, es probable que esto ocasione la falta de participación social y la falta de implementación de acuerdos

⁸ DIGNAN, J., “Understanding Victims and Restorative Justice”, Open University Press, 2005 p. 19.

restaurativos, lo que va a dificultar todo el proceso de este sistema y al final perderá el sentido de su aplicación.

Según las prácticas de la justicia restaurativa de menores en varios países y las prácticas judiciales existentes en China con el espíritu de recuperación, la justicia restaurativa puede funcionar bien y alcanzar su máximo valor cuando obtiene el apoyo del poder nacional y logra una buena conexión con el sistema de la justicia penal. Reconocer la intervención estatal no sólo conduce a un buen funcionamiento en sí mismo, sino que también proporciona recursos y fuerzas sociales complementarios para la justicia penal del Estado. Entonces, la tendencia futura de la justicia restaurativa de menores debe integrarse con la judicatura formal bajo la intervención estatal, lo que es una buena manifestación de la interacción positiva entre el Estado y la sociedad y también es necesario en búsqueda de sus propios valores. Y después de determinar su operación judicial bajo la intervención estatal, algunos de sus caracteres limitados se pueden resolver con la ayuda del sistema de la justicia penal nacional.

En primer lugar, se estabiliza la posición de principios básicos del derecho penal. Como se mencionó anteriormente, la justicia restaurativa puede causar diferentes sanciones por los mismos delitos o las mismas penas con distintos grados de responsabilidad, desafiando así el principio de igualdad ante la ley y el principio de acomodación entre crímenes y castigos. Con la participación del poder judicial del Estado, se pueden usar leyes relevantes para estipular las condiciones del delincuente y los tipos de casos donde se aplica la justicia restaurativa, y también se pueden usar cálculos razonables para asegurar que los criminales menores ingresen al proceso de justicia restaurativa bajo las mismas o similares actividades delictivas con un logro de valores equilibrados entre las penas sancionadas. Si en el proceso de justicia restaurativa la cantidad de compensación económica solicitada por la víctima excede el alcance de la responsabilidad por el acto criminal real o la capacidad financiera del delincuente juvenil, el representante designado por la autoridad judicial nacional debe explicar pacientemente a la víctima sobre esta parte. Es posible formular una variedad de soluciones para facilitar la selección de las víctimas considerando los delitos reales y las condiciones económicas de los delincuentes juveniles. También existe la posibilidad de mediar entre las víctimas y delincuentes juveniles en relación con los requisitos de la víctima y la situación real del delincuente menor de edad. Si no se puede llegar a un acuerdo, el moderador debe detener rápidamente el proceso restaurativo, informar la situación a las autoridades judiciales y transferir el caso a los procedimientos judiciales formales.

Segundo, se pueden evitar los efectos adversos de la responsabilidad alternativa. La responsabilidad alternativa ocurre más en los casos de delincuencia juvenil donde predomina la compensación económica. Los menores con buenas condiciones económicas familiares pueden no ser capaces de reconocer la naturaleza punitiva de la compensación económica e incluso pueden crear conceptos erróneos sobre el uso del dinero para comprar multas, lo que puede enterrar los incentivos de reincidencia. En

este caso, el Estado debería aprobar leyes para determinar la implementación de varios tipos de medidas de reparación distintas de la compensación económica (por ejemplo, servicios sociales no remunerados), en que el delincuente necesite participar durante un período de tiempo adecuado dentro de un año, lo cual pueden reemplazar o adjuntar a otras sanciones. Antes de que el tribunal otorgue una orden de servicio social debe consultar el informe sobre el antecedente del delincuente para saber si es adecuado para el criminal aceptar esta orden. Después del consentimiento del delincuente, el tribunal la ordena cuando existe un trabajo de servicio social apropiado. Todos estos casos son seguidos y supervisados por unidades relacionadas, que también les prestan orientaciones. Durante la implementación de la orden de servicio social la libertad parcial de los delincuentes juveniles está restringida. Ello como parte del castigo para los infractores pero también evitando obstaculizar su vida normal, a fin de promover su rehabilitación y reinserción en la sociedad. Es un buen complemento a la compensación económica al efectuar la justicia restaurativa.

Al mismo tiempo, desde el punto de vista de las víctimas, cuando las pérdidas reales sufridas por ellas no pueden ser compensadas efectivamente, se debe considerar el poder de ayuda judicial del Estado. El Estado es el protector de los individuos sociales. Cuando los intereses individuales sufren pérdidas y no pueden ser reparados, el Estado necesita asumir sus obligaciones. A las víctimas en casos de delincuencia juvenil, el Estado puede otorgar subsidios apropiados a las partes que no hayan sido indemnizadas para ayudarlas a resolver problemas temporales, lo que manifiesta el cuidado judicial nacional y humanista, a la vez de promover la justicia social.

5.3. Estrategias de medidas para desarrollar la justicia restaurativa en casos juveniles

5.3.1. Legislación nacional uniforme del sistema de justicia restaurativa de menores

En el mundo de hoy, la existencia de una normativa específica de justicia juvenil facilita el buen desarrollo de la justicia de menores. Sin embargo, el sistema de justicia juvenil chino carece de un nivel alto de legislación y validez legal. Ha existido en la "Ley de Procedimiento Penal" en forma de cláusulas esporádicas durante mucho tiempo, lo que resulta en la ausencia a largo plazo de la legalización de la justicia penal juvenil en China.

Además, aunque en la actualidad se llevan a cabo en varios lugares reformas sobre la justicia juvenil así como prácticas de justicia restaurativa de menores, se trata de modificaciones localizadas y los documentos judiciales regionales en realidad no tienen validez formal en el sistema normativo del Estado. De acuerdo con el artículo 8 de la "Ley de Legislación", los asuntos concernientes a los sistemas de litigación y arbitraje sólo se pueden tratar según la ley, y a su vez, la ley sólo puede ser formulada por el

Congreso Nacional Popular y su Comité Permanente. Los procedimientos de justicia penal juvenil pertenecen, sin duda, al sistema de litigios, y las leyes deben formularse de conformidad con las disposiciones de la Ley de Legislación. Por lo tanto, los documentos actualmente establecidos por los órganos judiciales locales para orientar la reforma y prácticas de justicia juvenil en realidad son informales.

Desde un punto de vista institucionalizado, a partir de los aprendizajes a través de las experiencias prácticas de justicia restaurativa juvenil en cada región, es mejor establecer sistemas institucionales y normas en forma de leyes nacionales con el fin de facilitar el desarrollo del sistema y poner fin a la situación de esta reforma individualizada y fragmentada, lo que también proporcionaría una buena protección legal en su desarrollo.

5.3.2. Modelo legislativo del procedimiento de justicia restaurativa de menores

El llamado modelo legislativo se refiere a la forma en que este sistema se incorpora a la justicia penal de menores y cómo se relaciona con otras disposiciones juveniles. En efecto, el procedimiento de la justicia restaurativa de menores no es un sistema separado. Al tratar los delitos juveniles básicamente se utiliza una combinación de diferentes tipos de conceptos de la justicia juvenil con el fin de aprovechar los puntos fuertes de cada uno para desarrollar el sistema integral de la justicia juvenil.

Los motivos son los siguientes: a) la delincuencia juvenil tiene múltiples factores, entonces sobre su tratamiento también se debe adoptar una variedad de métodos. Sólo el uso de la justicia restaurativa de menores no resuelve completamente el problema delictivo; b) su aplicación tiene una cierta premisa, como los tipos de casos, el grado de daño y la voluntad de las partes. Debe cooperar con otras normas de justicia juvenil y se coordinan entre sí; c) es inevitable que no se pueda alcanzar acuerdos de recuperación o que la justicia restaurativa sea rechazada por el poder judicial por razones legales.

Por lo tanto, la justicia restaurativa no se puede aplicar a todos los casos penales de menores, sino que debe cooperar con otros mecanismos y normas de justicia juvenil para garantizar la finalización de su proceso. El procedimiento de la justicia restaurativa de menores solo puede formar parte de la justicia penal juvenil, cooperar con ella entre sí y complementarse mutuamente. Cuando la recuperación de menores no pueda seguir aplicándose, se aplica la justicia penal tradicional en su lugar. Y en la aplicación de la justicia penal tradicional, si se cumplen las condiciones y las partes también prestan su voluntad, se pueden emplear procedimientos restaurativos.

5.3.3. Maneras de aplicar la justicia restaurativa de menores

A. Participantes en el proceso restaurativo

La participación de los procedimientos restaurativos se basan en la voluntad de ambas partes y los tutores de los familiares de la víctima y los delincuentes juveniles, así como las autoridades judiciales, también tienen derecho a hacer propuestas para su aplicación, cuando se aclaran las circunstancias del caso y se consideran plenamente a las partes involucradas. Sin embargo, antes de la aplicación del proceso restaurativo es necesario investigar en detalle si el caso satisface el alcance y las condiciones correspondientes, por ejemplo: la gravedad de la infracción, el reconocimiento del delito, el grado de arrepentimiento, la voluntad y los motivos de las víctimas y los delincuentes, etcétera. Después de la revisión, si el poder judicial cree que el caso delictivo satisface todas las condiciones, lo puede transferir a una agencia de mediación o un mediador neutral para iniciar el proceso. Y en circunstancias y casos específicos, si es necesario, también pueden participar representantes de la escuela o de la comunidad, jurisconsultos, etc.

B. Elección de mediadores en la justicia restaurativa de menores

El puesto de los mediadores debe ser encargado por personas neutrales y especialmente capacitadas que sean independientes de los órganos judiciales. Esto no sólo garantiza la realización del principio voluntario de la justicia restaurativa, sino que también equilibra efectivamente su equidad y eficiencia.

En nuestro país, la tradición de mediación es muy profunda. Las agencias de mediación populares, como los comités de residentes y aldeas, con el apoyo del poder nacional, han acumulado una rica experiencia de mediación en prácticas a largo plazo, satisfaciendo en cierta medida la necesidad de la justicia restaurativa. Por supuesto, una rica experiencia de mediación no califica completamente la competencia del trabajo. El personal que preside el proceso restaurativo debe mantener una imparcialidad estricta durante su implementación y cumplir con requisitos profesionales, como buenas habilidades de comunicación, negociación, liderazgo y organización y un considerable conocimiento legal.

De este modo, en la futura práctica de la justicia restaurativa de menores de nuestro país podemos confiar en las organizaciones de mediación ampliamente existentes en la comunidad y utilizar los servicios de compras gubernamentales, donaciones sociales y subsidios de bienestar nacional como fuentes de financiación para atraer a un gran número de profesionales familiares con las situaciones locales. Se establece un mecanismo especial para el entrenamiento, la evaluación de habilidades y la adquisición de calificación de los mediadores.

C. Ejecución del acuerdo logrado en la justicia restaurativa de menores

Se debe incorporar la confirmación, el desempeño, la supervisión y el manejo de las violaciones de los acuerdos restaurativos a los procedimientos legales formales para garantizar que se logren los efectos deseados de recuperación. Si ambas partes, bajo la ayuda del mediador, alcanzan un acuerdo restaurativo dentro del alcance razonable y legal, deben enviarlo a las autoridades judiciales para que revisen su legitimidad, autenticidad, viabilidad y efectividad, y si es necesario, las autoridades judiciales también pueden notificar a las partes que están presentes para preguntar sobre la conclusión del acuerdo restaurativo. Después de ser reconocido, el acuerdo comienza a ejercer su efecto legal y tiene el mismo estatus que otras decisiones judiciales o sentencias. Las partes o los fiscales no pueden enjuiciar los mismos hechos nuevamente.

D. Mecanismo de supervisión en el Proceso Restaurativo

Un mecanismo efectivo de supervisión ayuda en la realización de los objetivos de la justicia restaurativa. La imparcialidad, la neutralidad y una estricta conformidad con las normas pertinentes de mediadores son muy importantes durante todo el proceso de la mediación, lo que promueve que las partes lleguen a un acuerdo razonable y legal. Si el mediador siente preferencia por cualquiera de las dos partes, se cuestionará la imparcialidad del proceso restaurativo. En este sentido, se deben establecer algunas regulaciones del derecho y el comportamiento del mediador (como no publicar sus propias opiniones sobre el caso, no persuadir públicamente e implícitamente a las partes y respetar los acuerdos alcanzados por las partes). Al mismo tiempo, las partes involucradas y relevantes también tienen la obligación de supervisar al mediador durante el proceso de mediación. La agencia de mediación puede pedirles opiniones para evaluar el trabajo del mediador.

Asimismo, por un lado, la reeducación y la reintegración de delincuentes juveniles es un reflejo de la eficacia de la justicia restaurativa de menores. Por lo tanto, además de una investigación completa de los hechos del delito se deben investigar factores potenciales, como el carácter especial y las condiciones de vida que pueden afectar el crimen juvenil. Si es necesario, pueden acudir a una identificación de la medicina o la psicología para seleccionar un tratamiento más apropiado para los delincuentes menores de edad. Durante la implementación del acuerdo, es fundamental realizar una educación de seguimiento para los delincuentes menores, aprovechando al máximo las fuerzas de escuelas y organizaciones comunitarias para ofrecerles orientaciones y asesoramientos psicológicos de maneras oportunas.

Por otro lado y respecto a las víctimas juveniles, una vez finalizado el proceso restaurativo las agencias de mediación y las organizaciones comunitarias deben seguir visitando a las víctimas, saber más sus circunstancias y alentarles a enfrentar los delitos y salir del impacto criminal. También es posible establecer vínculos apropiados entre

las víctimas y los delincuentes juveniles, para finalmente calmar el conflicto entre ellos y reconstruir la confianza de la víctima en la justicia y la sociedad.

E. Protección de la privacidad de las partes en la Justicia Restaurativa de menores

En la justicia restaurativa la participación de múltiples partes puede afectar la protección de su privacidad. Puede no sólo causar una lesión secundaria a la víctima, sino también tener un efecto adverso en la protección de menores infractores. Entonces, en la realización de su procedimiento, son esenciales las cláusulas de confidencialidad y determinar las obligaciones de confidencialidad de los participantes.

En cuanto a los casos tratados por las agencias de mediación, se debe establecer un mecanismo de gestión de archivos para proteger la privacidad de las víctimas y los delincuentes juveniles, así como utilizarse como referencia del manejo de casos iguales o similares. Después de archivar los materiales, no se puede leer libremente sin procedimientos formales. Si la privacidad de la parte se revela durante su proceso de clasificación y almacenamiento y la vida normal de la parte se ve afectada, la persona directamente responsable del asunto y la agencia de mediación deben asumir todas las responsabilidades.

6. CONCLUSIONES

En la actualidad, por la influencia del pensamiento tradicional sobre el castigo y el creciente número de conflictos sociales, la justicia penal juvenil se enfrenta a muchos problemas y desafíos. La restauración de las relaciones sociales y la promoción de re-inserción de los delincuentes juveniles se convierten en una opción viable para que el sistema de justicia penal salga de la situación difícil. Los jóvenes son el futuro del país y de la sociedad. Su crecimiento saludable y buena formación de personalidad desempeñan un papel imprescindible en la construcción de una sociedad armoniosa. Por lo tanto, el principal objetivo del establecimiento del sistema de justicia juvenil de China es maximizar la educación, la influencia y la ayuda a ellos. Al mismo tiempo, se utilizan métodos científicos para proporcionarles una protección judicial integral. En este sentido, la justicia restaurativa nos brinda una nueva perspectiva para lograr este objetivo. A través de una coordinación complementaria entre la justicia restaurativa de menores y la justicia juvenil tradicional, se promoverá conjuntamente la resolución razonable de casos penales juveniles.

7. BIBLIOGRAFÍA

- AERTSEN, I., *Restorative Justice in a European perspective*, Leuven, Belgium: KU, 1999.
- AROMAA K. y NEVALA S., "Crime and Crime Control in an integrating Europe", Series No 44. Helsinki: HEUNI, 2004.
- AROMAA K. y VILJANEN T., *International Key Issues in Crime Prevention and Criminal Justice - Papers in celebration of 25 years of HEUNI*, Helsinki: HEUNI, 2006.
- AROMAA, K; LEPPÄ, S; NEVALA, S. y OLLUS N., *Crime and Criminal Justice Systems in Europe and North America 1995-1997*. Helsinki: HEUNI, 2003.
- ASHWORTH, A., "Punishment and Compensation: Victims, Offenders and the State", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1986, pp. 86-122.
- ASHWORTH, A., "Some Doubts about Restorative Justice", en *Criminal Law Forum*, vol. 4 (2), 1993, pp. 277-299.
- ASHWORTH, A. y VON HIRSCH, A., "Desert and the three Rs", en *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 5 (1), 1993.
- BARGEN, J., "The Youth Offenders Act 1997. (NSW) A Blueprint for Restorative Organisational Reform in Juvenile Justice in New South Wales?" en H. o. Parliament (ed) Government Lawyers Conference, Sydney, 1999.
- BARNES, L. W. y SHERMAN, G., "Restorative justice and offenders: Respect for the law (Article 3, Australian National University)", RISE Law programme, Australian National University, 1997.
- BARNETT, R., "Restitution: a new paradigm for Criminal Justice", en *Ethics*, vol. 87, nº 4, 1977.
- BAZEMORE, G. y WALGRAVE, L., *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Monsey, NY USA: Criminal Justice Press, 1999.
- BLAIR, T., "A Message From Downing Street", en *Youth Justice Board News* (20), diciembre 2003.
- DIGNAN, J., "Understanding Victims and Restorative Justice", Open University Press, 2005.
- DRUMBLE, M., "Sclerosis: Retributive Justice and the Rwanda Genocide", en *Punishment & Society* 2, 2000.
- FATTAH, E., "Some Reflections on the Paradigm of Restorative Justice and its Viability for Juvenile Justice", en L. Walgrave (ed) *Restorative Justice for Juveniles: Potentialities, Risks and Problems for Research*, Leuven: Leuven University Press, 1998.
- HALEY, J. y NEUGEBAUER, A., "Restorative Justice on Trial in Great Britain", en H. Messmer and H.-U. Otto (eds) *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation 290 International Research Perspectives*, Dordrecht, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1992.
- LATIMER, J; DOWDEN, C. y D. MUISE, D., *The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-analysis*, Ottawa: Department of Justice, Canada, 2001.

- LITTLE, M., "ISSP: An Experiment in Multi-systemic Responses to Persistent Young Offenders Known to Children Services", Unpublished paper, University of Chicago, 2001.
- Ministry of Justice, W. A., *Juvenile Justice Teams: A Six-month evaluation*, Perth: Ministry of Justice, 1994.
- MOORE, D., "A New Approach to Juvenile Justice: An Evaluation of Family Conferencing in Wagga", Wagga: Centre for Rural Social Research, Charles Sturt University, 1995.
- NILS, C., "Conflicts as property", en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, Issue 1, 1 enero 1977, pp. 1-15.
- SULLIVAN, D; TIFFT, L; y CORDELLA, P., "The Phenomenon of Restorative Justice: Some Introductory Remarks", en *Contemporary Justice Review* 1(1), 1998, pp. 7-20.
- WARNER, S., *Making Amends: Justice for Victims and Offenders*, Aldershot: Avebury, 1992.